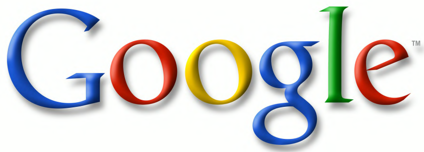


Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

445

B

83

Digitized by Google

Digitized by Google

DE

LITIS CONTESTATIONIS JURIS CANONICI ORIGINE.

DISSERTATIO INAUGURALIS

[illegible]

[illegible]

[illegible]

ALMA LITTERARUM UNIVERSITATE [illegible]

[illegible]

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS

[illegible]

[illegible]

ALFONSUS [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] JUR. CAN. AUSC.

[illegible]

[illegible]

BEROLINI

TYPIS EXPRESSIT GUSTAVUS SCHADE.

Digitized by Google

Digitized by Google

445B 83.

DE
LITIS CONTESTATIONIS JURIS CANONICI INDOLE.

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE

ILLUSTRIS JURECONSULTORUM ORDINIS

IN

ALMA LITTERARUM UNIVERSITATE

FRIDERICA GUILELMA

PRO

SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS

RITE CAPESSENDIS

DIE XXX. M. JULII A. MDCCCLXVII

HORA XI.

PUBLICE DEFENDET

AUCTOR

ALBERTUS TEICHMANN

VRATISLAVIENSIS.

ADVERSARIORUM PARTES SUSTINEBUNT:

G. TIKTIN, JUR. UTR. DR., JUD. CAM. AUSC.
V. STUENDECK, CAND. JUR.
K. MEYER, STUD. JUR.

BEROLINI

TYPIS EXPRESSIT GUSTAVUS SCHADE.

Digitized by Google

Digitized by Google

PATRI

OPTIMO DILECTISSIMO

NEC NON

VIRO ILLUSTRISSIMO

GEORGIO BESELER

PRAECEPTORI PIE VENERANDO

Digitized by Google

HUNC LIBELLUM

PIO GRATOQUE ANIMO

OFFERT

AUCTOR.

Digitized by Google

PROOEMIUM.

Certe neminem praeterit, quod recentiorum temporum scriptores summam dent operam processui civili Romanorum ac nostratium indagando ac illustrando prorsus neglecto processu ecclesiastico, quamvis hic summi momenti habendus sit, quippe qui ad constituendum processum germanicum communem non nihil contulerit. Quae quum ita essent, ut scriberem de materia quadam processus ecclesiastici nullo auctore, nullo duce commotus sum, ita ut ab initio, si quid in hac re difficillime tractanda minus apte dixerim vel tractaverim, mihi indulgeri debeam precari. Ac scripsi quidem de litis contestatione juris canonici, de cujus indole ac natura fere nihil produnt recentiores scriptores; qua in re id me adjuvit, quod Illustrissimus Jurisconsultorum ordo hujus almae literarum sedis anno praeterito quaestionem hujus materiae instituerit, quae adhuc soluta non sit. Facturusne operae pretium sim, dubito, satis erit, dum non omnia, quae proferam, inutilia agnoscantur. Quum vero, quibusnam libris ad tractandam quaestionem usus sim, ex ipsa dissertatione appareat, restat, ut annotem libros

Digitized by Google

illos, quorum copia — quod valde lugeo — mihi facta non sit. In horum numero habentur:

Mayer Litiscontestation 1827; Bernardus Dorna; Bagarottus; Ubertus de Bobio atque de Bonacurso; Jo. de Deo; Barth. Brixiensis; Roffredus Epiphanii; Nepos de Monte Albano; Drocheda; Galeottus; de Fano; Aegidius Fuscurarius; Old. de Ponte; Nic. Tudeschis: process. judiciarius; Cassanis; Lappus Castilioneus; Clemengis; Haneton; Koenig; Marianus Socinus; Berchtold; Obrecht; van Espen (semel tantum) Zimmermann, der Glaubenseid; Wiestner, institutt. can.; item Marca.

Nihil vero ad rem tractandam aptum inveni in scriptis Covarruviae a Leyvas ac Azpilcuetae.

Dabam Berolini a. d. IV Cal. Mart. MDCCCLXVII.

Digitized by Google

ARGUMENTUM LIBELLI.

Digitized by Google

CAPUT IV.

De indole ac natura litis contestationis.

Digitized by Google

INTRODUCTIO.

§ 1.

De notione litis contestationis.

Controversiae inter personas ortae, nisi dirimantur compromisso vel renuntiatione vel transactione vel jurejurando, a judicibus sunt disceptandae, quum nemini, quae sibi debeantur, sine judice liceat ab altero vindicare[1]). Quum vero res aliqua in judicium deducta sit, certum statuatur tempus oportet, unde lis immutata nec mutanda permaneat, ita ut judex re, de qua disceptent partes, cognita sententiam dicere possit. Hoc fieri non posset, si partibus liceret ab instituta actione vel prolata defensione recedere atque novas res in processum deducere. Adest alia quoque causa talis statuendi momenti, quae constat[2]) in dignitate judicii servanda, quae,

[1]) cf. l. 7. 8. D. ad l. Juliam de vi privata 48. 7. l. 13. D. quod metus causa 4. 2. Warnkönig jur. Encycl. p. 123. A. 2.

[2]) Regula illa: »bis de eadem re ne sit actio«, num ex lege XII tabb. an ex jure civili antiquo deducenda esset, dubitabant Kellerus röm. Civilpr. n. 712 i. f. et Bekkerus process. Consumtion § 4; nunc Bethmannus-Hollweg röm. Civilpr. II § 108 n. 7. 8. eam ex jure civili deducere mavult, quum Gaius IV § 108 legis XII tabb. mentionem non faciat neque illa regula rationi non valde propria sit.

Digitized by Google

quominus res semel tractata atque finita sententia retractetur, recte impedit. Quotiens enim res agitata eo processit, ut judex litem dijudicare posset, res ad finem est producenda atque jus actoris rem suam prosequendi certo temporis spatio coarctandum, quo elapso jus illud agendi plane evanescat. Quin autem reus postulare possit, ut semel de lite disceptanda in judicium vocetur neque saepius vagis forsitan atque falsis pulsetur citationibus quis est, qui neget? Nec non ipsius actoris multum interest, ut illud momentum statuatur, quum quo melius rebus judicandis consulant judices, eo majorem dent operam, ut nanciscatur actor, si secundum se dicatur sententia, id, quod petiturus foret, si statim judex tempore, quo litem adesse constabat, sententiam ferre potuisset[3]). Hoc momentum, ex quo summi effectus pendent, jam antiquitus verbo litis contestationis appellabatur. Raro vero verbum aliquod tam varie acceptum est, quam litis contestationis, quum ipsa quidem continuo exstaret, tempora autem, quibus fiebat seu facta putabatur, valde mutarentur atque alius essent momenti aliis saeculis. Quae quum ita sint, antequam de litis contestatione juris canonici ipsa disseram, quam brevissime, quid litis contestatio in jure Romano significaverit, exponam, quia hac re cognita, quid quantaque valuerit litis contestatio juris canonici eo facilius demonstrabitur.

---

[3]) Quam causam summi litis contestationis effectus solam sufficere, ut Savinius System d. h. R. R. VI p. 85 asserit, recte reprobat Bethmannus-Hollweg l. c. not. 124.

CAPUT I.

De litis contestatione juris Romani.

§ 2.

Atque primum quidem duae illae notiones litis atque contestationis sunt declarandae, quarum altera, litem dico, rei judiciariae propria videtur. Lis enim originetus rem ipsam in foro tractatam significasse videtur, quum e. g. Cicero in Verrem I c. 13 dicat: lis aestimata sit h. e. pecunia, propter quam lis fuit[4]). Nec non duarum de aliqua re certantium personarum statum atque rei dubiae in foro agitationem[5]) et ipsam actionem demonstrat. Contestationis vero verbo omnem solennem declarationem vocari elucet e multis Digestorum locis, proprie vero significatur aliquid testibus adhibitis declarare vel profiteri[6]). Quorum verborum notiones, si conjungantur intelligitur litem contestari significare: testes evocare, ut testentur de qua re disceptent partes in jure constitutae solennitate quadam adhibita, quae

[4]) cf. l. 22 D. de act. rer. amot. 25. 2. — Varro de lingua lat. 7. 93. — Festus v. vindiciae p. 378 M. stlitis vindiciarum. — Rudorff Römische Rechtsgesch. II § 19. — Pott Etymol. Forsch. 2. 196: stlitis — stritan — Streit.

[5]) cf. l. 22 § 3 D. de inoff. test. 5. 2. l. 36 D. de verb. sign. 50. 16. — Alciatus comment. in Cod. 2. 2 p. 117: lis est altercatio litigantium. — Winckler opusc. min. I p. 2 n. 5.

[6]) Brissonius de Verb. signif. Lipsiae 1721. t. I p. 179. — Gonzalez Tellez comment. perpetua in sing. textus V libr. Decretall. Francof. a. M. 1690. t. II p. 125 n. 6.

Digitized by Google

definitio non ita discrepat ab illa, quam Festus[7]) loco illo saepissime tractato profert, affirmans:

contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solebat: testes estote.

Quibus testibus Romani tempore legis actionum utebantur, ut adessent, qui, quid coram praetore inter partes actum esset, testarentur, quum judex datus id nesciret[8]). Quam contestationem in fine actus coram praetore celebrati factam esse disertissime Kellerus[9]) probavit quem omnes recentiores sequuntur. Formulis deinde lege Aebutia in processum introductis, quum juris pontificalis solennitas sensim sensimque in desuetudinem abiisset, litis contestatio in veteri quidem forma, nisi in causis, quae porro per legis actiones erant disceptandae, non adhibebatur, minime vero evanescebat. Prius illa fuerat solennitas atque forma quaedam procedendi, nunc vero simpliciter facta videbatur, postquam

---

[7]) Festus de verb. signif. v. contestari litem. — München d. kanon. Gerichtsverf. u. Strafrecht. Cöln 1865. I p. 240. — Heffter System des röm.-deutsch. Civilprocefsrechts. Bonn 1843. § 285 p. 357.

[8]) Keller Litiscont. u. Urtheil. Zürich 1827. § 1 p. 3 seq. — Bethmann-Hollweg l. c. § 102 p. 480. I § 49. — Savigny l. c. p. 11. — Wetzell System d. ordentl. Civilpr. 1865. § 14 p. 104.

[9]) Primus quidem, qui litis contestationem coram praetore factam esse professus erat, habetur Donellus comment. de jure civili, ed. Bucher, Norimb. 1832. libr. XIV c. 1 § 2—4. — cf. Kellerum, qui not. 18 § 2 l. c. mentionem facit Jani a Costa, qui inter primos hoc professus erat libr. II tit. 5 comment. ad Decretales Greg. IX. Paris 1676. p. 395: l. c. est quasi ultima linea extremusque actus litis ordinationis. Litem autem apud praetorem ordinatam fuisse nemo sanus dubitare potest.

Digitized by Google

actor atque reus controversiam coram judice professi formulam acceperunt, qua judex datus instruebatur ad litem dijudicandam, ita, ut ex illo momento mutatio petitionis fieri non posset nec actio litis contestatione in judicium deducta retractari posset hoc jure agendi tali modo consumto. In praetoria i. e. extraordinaria cognitione praetor ipse partes litigare volentes audiebat atque re cognita sententiam pronuntiabat; quam ob rem, quum nulla daretur formula, momentum aliquod statueretur necesse erat, unde summi litis contestationis effectus initium sumerent; ideo in causis a praetore ipso tractatis[10]), quae multae erant, litis contestatio facta putabatur, quum judex i. e. praetor per narrationem negotii causam audire coepisset. Qui procedendi modus omnium causarum generalis[11]) fiebat constitutione Diocletiani, qua cavebatur, ut omnes lites motae a magistratibus ipsis judicarentur nonnullis rebus exceptis, quae pedaneis judicibus disceptandae concedebantur. Quod vero litis contestatio facta videretur, quum judex per narrationem negotii causam audire coepisset, statuebatur l. un. Cod. de litis contestatione, quae tanti momenti est, ut facere non possim, quin ipsa hujus legis verba allegem: res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc con-

---

10) Heffter § 303—305. — Bethmann l. c. II § 122. — Puchta Institutionen II § 176. — Keller röm. Civilpr. § 81. — Rudorff II § 59. 60.

11) cf. l. 2. 5 Cod. de judic. pedan. 3. 3. § 8 J. de interd. 4. 15. pr. J. de success. subl. 3. 12. — München l. c. p. 250.

Digitized by Google

testata videtur, quum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.

Cujus legis verba jam ab antiquissimis temporibus varie accepta sunt atque gravissimarum quaestionum praebebant causam. Novissimo ipso tempore Wiedingus[12]) auctor novae atque plane inauditae doctrinae exstitit, quam profert in libro suo, quem composuit de processu Romanorum per libellos celebrato. Adhuc haec opinio praevaluerat[13]), quod verbo illo narrationis demonstrarentur narratio et contradictio coram praetore propositae. Conjungebatur enim lex illa cum duabus aliis, dico l. 14 § 1 Cod. de judicc. 3. 1:

> patroni autem causarum, qui utrique parti suum praestantes auxilium ingrediuntur, cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam in qualicunque judicio majore vel minore ... juramentum praestent

atque l. 2 pr. Cod. de jur. calumn. 2. 59:

> sancimus in omnibus litibus, quae fuerint post praesentem legem inchoatae non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum prae-

---

[12]) Wieding d. Justinianische Libellprocefs. Wien 1865. cf. Recension d. liter. Centralblatts ed. Zarncke n. 13 p. 338.

[13]) Heffter § 310 p. 389. — Wetzell l. c. p. 106. — Böhmer jus eccl. protest. Halis 1714. libr. II t. V p. 1054. — München p. 134. — J. A. M. Albrecht Exceptionen d. gem. deutsch. Civilpr. 1835. p. 134. — Linde Abhandl. aus dem Civilpr. I p. 7 ff.

Digitized by Google

stent, et ipsae principales personae subeant juramentum ...

Quarum legum ratione habita legem illam unicam explicari posse omnes fere auctores confitebantur, ita, ut litis contestatio facta videretur post narrationem propositam et responsionem objectam vel post narrationem propositam atque contradictionem objectam, quae posterior declaratio exactissima omnium putabatur. Wiedingus[14]) vero profitetur l. illa 14 § 1 Cod. Justinianum legem promulgasse de juramento calumniae, quo tempore praestandum esset, minime vero specifice de litis contestatione eum locutum esse, minime tempus indicasse, quo facta litis contestatio existimanda esset, minime indolem ejus declarasse. Si enim sequamur doctrinam communem nullo modo explicandum existimat, quam ob rem Justinianus verbis multis quatuor annis post legem illam (14) ad significandam litis contestationem usus sit, cum dicere potuerit: post litem contestatam. Neque verbum narrationis eleganter positum opinatur, quum notio illa continere debeat duas narrationes, tam actoris quam rei. E contrario legis illius cardinem in eo verti probat, quod Justinianus juramento calumniae advocatorum certum daturus erat locum in processu atque alium quidem quam antea obtinuerat. Secundum enim l. 1 pr. Cod. eo. t. et l. 14 § 1 advocati juramentum praestare debebant aut post narrationem vel responsionem partis aut generaliter post responsionem rei ante rei ipsius

[14]) cf. l. c. §§ 6. 8. 15. 33. — Bethmannus-Hollweg l. c. t. III (volumine *novissimo*) paucis verbis Wiedingi novam doctrinam refellit in § 153 n. 7.

probationem. Haec dispositio spectat ad eam, qua actores jurare jubebantur, se non differendi causa hujusmodi proposuisse allegationes. Hac vero lege cavebatur, ne actor alias juramentum calumniae praestare deberet, quam si postularet probationes rei, quod certe fieri poterat hoc vel illo loco vel tempore. Quum vero Justinianus legem 2 pr. Cod. ferret, secundum quam ab utraque parte tale juramentum in initio praestandum esset ab actore, se non calumniandi causa, sed existimando bonam causam habere litem movisse, a reo, se putantem, quod bona instantia uteretur ad reluctandum pervenisse — certe tali rerum statu dispositio quaedam, quonam tempore advocatorum juramentum praestandum esset, superflua non erat. Ideo Justinianus disposuit, ut advocati jurarent post juramenta partium facta. In lege vero 14 § 1 verba: 'post narrationem propositam et contradictionem objectam' non ut explicantia praecedentem enuntiationem: 'cum lis fuerit contestata' existimat Wiedingus, sed conjungit ea cum verbo: juramentum praestent.

Jam redeamus ad legem unicam interpretandam, qua in re minime me praeterit, quod difficillimum sit, de hac lege fundatam atque omnimodo perfectam proferre sententiam, quum ob scriptorum, quae exstant, exiguitatem et obscuritatem haec res non ita facile in lucem proferenda atque praecise sit absolvenda. Attamen in arenam descensurus sum, quum imprimis hoc loco litis contestationis apud Romanos indoles ac potestas explananda sit.

Examinemus primum novam Wiedingi doctrinam, quam protulit non sine ingenii acumine. Contemplatus

Digitized by Google

enim verbum postulationis simplicis neutiquam in legibus latis ante tempora Zononis et Leonis (l. 8 Cod. de princip. agent. in reb. a. 844. l. 4 § 2 Cod. de castrens. 12. 26) inveniri atque nisus eo, quod inscriptiones et subscriptiones legum Codicis Justinianei multis iisque gravissimis redundarent interpolationibus nec non imprimis eo, quod secundum auctorem Hermannum in manuscriptis bibliothecae Pistoriensis atque Parisiensis exstaret haec subscriptio:

d. XV. k. nov. cp post et ss lamp et Orest vc anno II citat insuper l. 3 Cod. de edendo 2. 1, ubi legitur secundum plurimos codices in fine:

dat. III. k. Sept. Severo III (II) et Anton. css. (202) atque mentio fit editae actionis in his verbis: 'edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel jus reddentis decernit aequitas.' Certe facile verborum similium ratione habita fieri poterat, ut rescribentes scribae subscriptionem illam ad instar hujus exprimerent. Atque legem quidem illam post Diocletiani tempora latam esse demonstratur eo, quod non ita multum post Diocletiani tempora formulae abrogabantur nec unquam, dum formulis ageretur, de postulatione actionis disputari poterat, sed tantum de impetratione vel denegatione formulae ejus. Quum vero lex illa in codice Theodosiano non reperiatur, eam post Theodosii tempora latam esse conjici potest. Verbum quoque judicis valde rei proprium huic legi vindicandum est, quum hic tractetur de extraordinaria cognitione, cui certe judex praeerat. Summatim enim cognitio ordinaria ab illa, quam voca-

Digitized by Google

mus extraordinariam, non in eo differebat[15]), quod judicis datio hic locum non haberet neque separatio illa in jus atque judicium facta adesset, sed in ea re sola, quod judex, nisi rarissime, non daretur, immo potius jus praecedens nulla alia re intermissa continuo sequeretur judicium illud, prius quidem ab illo majore vel minore temporis spatio separatum. Quum formulae peterentur atque denegarentur lis contestata putabatur, quum praetor formulam cooperantibus partibus redegisset; formulis deinde abrogatis aliud tempus statueretur necesse erat, quo lis contestata habenda esset, quum ipsa certe remaneret nec unquam evanescere posset. Lis igitur secundum legem adhuc tractatam contestata videbatur, quum coram praetore tanquam judice actor in judicio narrare coepisset negotii causam[16]), ita ut initio factae narrationis litis contestatio efficeretur. Restat denique, ut explanetur vis ac potestas verbi narrationis. Ad hanc rem multum proficere dicitur l. 2 § 7 Cod. de juram. calumn. 2. 59: 'sin autem reus hoc sacramentum subire recusaverit in his capitulis, quae narratione comprehensa sunt, pro confesso habeatur et liceat judici sententiam proferre quemadmodum ei ipsa rei qualitas suggesserit.' Ex hac lege secundum Wiedingum intelligitur non solum, quae narratio dicatur actoris, quia quum judex in confessum sententiam dicere debeat, certe confessio in judicio fiat atque confessus nihil aliud

[15]) cf. Wiedingum l. c. § 11 p. 137 seq.

[16]) Similem sententiam protulit Brackenhöftus (Zeitschrift f. Civilrecht und Procefs E. F. Bd. 11 p. 203. 204) quem recte reprobat Hinschius (Archiv f. civilist. Praxis Bd. 47 p. 109 n. 18).

Digitized by Google

confiteri possit, nisi capitula, quae narratione comprehensa sint. Quae vero hic capitula nominantur, causae dicuntur in l. 42 Cod. de transactt. 2. 4:

'si de pluribus causis vel capitulis eaedem pactiones seu transactiones initae fuerint'

atque in l. 12 § 1 Cod. de reb. cred. 4. 1:

'causa vel capitulum decidatur'

atque appellatio datur super his capitulis vel causis in l. un. Cod. ne liceat .... 7. 70. l. 36 Cod. de appell. 7. 62. l. 4 Cod. de temp. 7. 63, ita ut evidentissime appareat narrationem esse ampliorem actoris rei de qua controversia est declarationem.

Haec omnia, quamvis non sine summo ingenii acumine prolata sint a Wiedingo, certe haud facile quis perducetur ad probandas omnes ejus sententias, quum multa exstent, quae ei objici possint. Primum quidem nullo modo, nisi fallor, intelligendum est, cur talis disjunctio cognitionis, quam appellare mihi liceat artificiosam, in extraordinaria cognitione exstiterit, quamvis nihil profuerit. Deinde minime perspicitur, quidnam re vera partes egerint in jure illo Wiedingi, quum demum in judicio narrationem specialem et responsionem facerent. Cur non habebatur lis contestata, quum reus ad petitionem actoris animo litigandi ductus respondisset? Cur opus erat, ut his omnibus agitatis actor narrationem suam proferret? Nonne satis animus litigandi in reo constabat? Nonne judex perspexerat, de hac vel illa re litem moveri inter partes praesentes? Hae dubitationes non removentur, si fortasse quis dixerit, verbi narrationis Wiedingi adversarios non satis magnam ha-

Digitized by Google

bere rationem. Certe hoc verbum hic latiori sensu accipiendum est, quum facile ex natura rei ipsius subintelligendum sit: partium. Profecto constitutionum imperalium enuntiationes non valde dilucidae sunt nec stricte interpretandae! Si vero spectemus ad enuntiationem legis illius, haud facile explanare possumus, cur dictum sit: per narrationem, quamvis initium solum narrationis spectetur atque narrationis notio indicet perpetuationem actus ad finem certum producti. Certe, quae indicetur a Wiedingo imperatorum intentio, non erat intentio imperatorum, quum alias — vae hercle — subobscure indigitassent, quid sibi vellent! In una tantum re cum Wiedingo sentio, in eo, quod lex illa de juramento calumniae forsitan ita, ut ipse doceat, sit interpretanda, quod vero non facit, ut idem dicam de lege illa 14 § 1, quam communi sensu accipiendam equidem arbitror.

§ 3.

Quarum argumentationum summa haec est, ut sententiam novissimam de litis contestatione Romanorum prolatam probare non possim, immo potius rectissimam approbem illam, quam protulerint recentiores scriptores, ut Heffterus, qui de processu tam Romanorum quam nostratium indagando ac illustrando optime meritus est, Wetzellus Rudorffus alii: dico illam litis contestationem temporum, de quibus loquimur, fuisse primam causae cognitionem atque conjectionem coram magistratu factam[17]) atque litem factam et contestatam fuisse, quum

[17]) cf. nov. 53 c. 3. 4 pr. nov. 82 c. 10 i. f. nov. 96 c. 1. 2. — cf. Hinschium l. c. p. 110.

Digitized by Google

primum judex per responsionem rei contradictoriam intellexerit, litem inter partes moveri, quam ipse disceptare deberet. Reus igitur, nisi confitebatur, quo casu litis contestatio minime fiebat, ad petitionem actoris animo litigandi ductus respondebat et hoc modo lis contestabatur. Quod tam rationi, quam legi illi consentaneum est, ut nihil aliud probari nec cogitari possit. Quod vero litis contestatio in jure Romano non fuerit actus judicialis, ut ita dicam formalis, inde apparet, quod nullo loco nobis traditae sint formulae ad litem contestandam aptae, quamvis saepe mentio fiat formarum solennium, quas partes litigantes et judex observare debeant. Nec talis opinionis argumentum sumi potest e novella 60 c. 2, ubi vetatur, ne assessores ipsi magistratuum causas audiant. Certe hic non spectatur solennitas actus seu formalitas quaedam, sed intentio haec est, ut partibus litigantibus metus quidam inferatur aeque atque testibus, ne perperam litigent neve perperam de aliqua re testentur. Item nullo modo enuntiationes illae: 'litis contestationem facere' pro certa litis contestationis forma constituenda accipiendae sunt, quum significent solummodo omnia facere, e quibus litis contestatio oriri possit seu lis adesse censenda sit.

Ex praemissis patet, litis contestationis verbo designatum esse tempus, quo res eo processisset, ut judex e declarationibus partium litem adesse cognosceret. Itaque litis contestatio non erat actus[18]) a tractanda lite separatus, quin potius pars essentialis ipsius processus,

[18]) Quae opinio non probatur verbo 'celebrari', quod invenimus in nov. 53 c. 3 § 2. — cf. Albrecht l. c. pag. 135.

Digitized by Google

quum nullus processus exstare posset hac re gravissima omissa nec judex fungi posset munere suo lite non contestata. Quia vero enuntiationes partium coram judice eo consilio fiebant, ut constaret de ipsarum litigandi atque judicis sententiae se subjiciendi animo, litis contestatio haud raro dicebatur quasi contractus[19]).

Litis contestatione juris Romani, quantum attinebat ad litis contestationem juris canonici in nonnullis rationibus declarandam, quam brevissime exposita, nunc ipsam, quam mihi proposui, rem gravissimam tractabo.

CAPUT II.

De litis contestatione juris canonici.

§ 4.

Aeque atque in jure Romano nullam expressam litis contestationis declarationem invenimus in corpore juris canonici, at nonnullis locis tempus definitur, quo lis contestata credatur vel modus litis contestandae docetur, ita ut, quaenam fuerit vis atque potestas et ipsa indoles litis contestationis in jure canonico, locos illos interpretati cognoscere possimus.

Prima quae in libris juris canonici litis contestationis fit expressa mentio legitur in Decretalium Gregorii IX. libri I. titulo VI. de electione et electi potestate capite 54 § 3 [20]). Quo loco controversia refertur,

---

[19]) cf. Rudorffum l. c. II § 71, qui optime de hac re disserit.

[20]) Intelligere non possum, quomodo Rothe in dissertatione sua de exceptionibus litis ingressum impedientibus Berolini 1858. p. 7 n. 14. 15 dicere potuerit, hanc decretalem latam esse ab Innocentio III, quum ex

Digitized by Google

quae inter duos archidiaconos ecclesiae Rothomagensis orta erat de electione, quam alter irritam, alter ratam atque legitimam vocabat. Partibus deinde coram judice constitutis praestitoque juramento de veritate dicenda atque factis positionibus et responsionibus hinc inde decanus praetextu quorundam gravaminum appellavit atque rescribit papa:

licet autem positiones et responsiones super articulis factae fuerint coram vobis, quia tamen contestationem litis non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas factas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem factam contestatio litis fiat, eundem processum de fratrum nostrorum consilio irritum duximus nuntiandum.

Prima quidem facie apparet, hac declaratione papam sequi voluisse imperatorum constitutiones, quae simili modo dictae erant. Tamen declaratio illa valde discrepat ab illa, cujus supra mentionem fecimus. Certe quidem narratio atque petitio, quoad processum, communi loquendi more eadem significant, quum contineant id, quod actor coram judice petat narratione principalis negotii facta, ita, ut in lege illa Romana indicetur potius externa agendi forma, in hoc vero canone interna ac principalis intentio agentis vel, ut praecisa inter-

---

editione Richteriana atque Boehmeriana contrarium appareat. Quum vero haec decretalis sub finem tituli de electione posita sit, jam praesumendum est, eam latam esse ab uno paparum recentissimorum, quorum decretales receptae sint. Huc accedit, quod positionum in decretalibus Gregorii noni prima fiat mentio. cf. Bergmann (editio Pilii ...) p. 358 n. 26.

Digitized by Google

pretum utar definitione, agere volentium. At responsionis verbum procul dubio plura continet, quam contradictionis, quum respondere possit reus petitioni actoris et affirmative et negative, contradicere autem tantum videatur, si neget se teneri ad proposita actoris. Quod responsionis verbum non ita facile hic intelligendum esse elucet, ut mihi videtur, jam ex eo, quod Bernardus de Botono (Parmensis † 1266) Decretalium glossator[21]) necessarium existimet, quod doceat, quanam ratione confessus pro litem contestato haberi possit.

Bene vero notandum est, quod, sicut apparet ex dicta declaratione litis contestationis, canonistae minime perspexerint, in legibus illis Romanis litem contestatam dici vel contestatam videri, quum per narrationem negotii causam judex audire coeperit, minime vero illic disseri de actu quodam hoc vel alio modo perficiendo. Quum Romani summi momenti habuissent tempus, quo lis contestata videretur vel lis adesse constaret, canonistae hac re perperam omissa et neglecta litis contestationem profitebantur esse actum judicialem, qui fieret per petitionem in jure propositam et responsionem secutam, ita ut lis contestata esset post responsionem rei. Ita apud canonistas litis contestatio actus habebatur bilateralis, ut ita dicam, cujus particula altera ad alteram spectare deberet. Si vero quaeramus, quomodo per responsionem rei, non solum per contradictionem rei litem contestari dicere atque profiteri potuerint, certe talis rei ratio haec est, quod sequebantur

[21]) cf. gl. ad v. responsionem h. c.

Digitized by Google

enuntiationes nonnullas Justiniani[22]), secundum quas nulla controversia inveniretur in codice suo ideoque latiorem notionem responsionis pro vera atque probata accipiebant. Ad quam doctrinam perfecte illustrandam recurrendum est ad scientiae nostrae medii aevi incunabula[23]).

§ 5.

Initium sumam ex opusculo in Gallia meridionali sub finem XI. (XII.?) saeculi confecto, dico a Petri exceptionum libri quarti capite vicesimo primo[24]), ubi legitur: lis contestata dicitur, quum judex in judicio per narrationem ab utraque parte causam audire coeperit. E quibusdam verbis praecedentis capituli[25]) conjici posse existimo, auctorem fuisse ejus opinionis, quod, nisi reus

[22]) cf. const. Tanta Cod. 1. 17 § 15: contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenietur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet. — Rudorff l. c. I § 114 n. 3. 4. — constit. Deo auctore § 8 nulla — in praedicti Codicis membris antinomia sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto.

[23]) Scriptorum nomina atque scripta, quae in judicium meum adhibui, reperi apud Heffterum l. c. § 25, apud Rudorffum Grundrifs zu Vorlesungen über Civilprocefs 1837, apud Mühlenbruchum Entwurf des Civilprocesses 1827 apud Waltherum Literatur d. gem. ordentl. Civilprocesses 1865.

[24]) cf. Petri exceptiones in Savinii historia juris Romani in medio aevo II p. 411. Praetermitto Basilica (edid. Heimbachus) in quibus libr. VI t. I p. 242 ad v. προκαταρξις legitur: lit. cont. est narratio negotii, non editio actionis neque conventio neque simplex postulatio.

[25]) cf. e. l. c. 7 p. 406. 407: rei officium est vel negare vel probationes actoris exigere vel competenter exceptiones opponere.

Digitized by Google

prorsus petita actoris negaret vel exceptiones proponeret, statim solvendo se liberare deberet, ne ipsa judicis sententia condemnaretur.

Occurrit nobis inter primos Brachylogus[26]) ille juris civilis, qui magni momenti habendus est, quum copiose ibi singulae res in quatuor libris distributae tractentur. In quarti libri titulo tertio decimo de litis contestatione disseritur atque vocitatur litis principium contestatio litis, quae tum facta videtur, cum utraque parte praesente unus proponat, alius contradicat. Allegatur ad hanc definitionem probandam l. un. Cod. de lit. cont. et demonstratur litem contestando in controversiam deductam rem esse hujus ipsius legis parte praecedente allegata.

Sub finem XII. saeculi Ricardus Anglus[27]) (Anglicus) ordinem judiciarium de edendo composuit, in quo nonnulla verba facit de litis contestatione et opinionem profert, quod in jus vocati, si respondere voluerint, respondeant et sic fiat litis contestatis. Plura annotat de confessis[28]), qui praejudicare sibi dicuntur, quando contra se, seu in jure, seu extra jus, confiteantur seu confessiones varient. Ad probandam sententiam, quod etiam extra jus confessi sibi praejudicent, allegat authenticam

---

26) Brachylogus jur. civ. edid. Böcking 1829 p. 151. glossa p. 232. Hoc loco litis contestatione res in controversiam deducta dicitur, quum alias fere ubique res ipsa ante litis contestationem appelletur controversia, post vero contestationem lis adesse censeatur. In adjecto epitomate jur. civ. nihil de litis contestatione neque de confessione inveni.

27) cf. Ricardi Angli ordo judiciarius edid. Witte. Halis 1851. p. 8.

28) cf. l. c. pag. 39. 40.

Digitized by Google

illam falsam Cod. 7. 59 'aut si debitor' de qua infra loquar.

Huc accedit dictum Placentini[29]): postremo partium utrarumque praesentia apud judicem facta incipiet judex per narrationem et responsionem causam simplicem audire sicque demum lis contestata fore creditur, nisi simplex postulatio penes judicem deposita aut non ante judicem actionis species sit reo cognita.

Praetermittere non possum Bernardi Papiensis[30]) summam, quamvis non multa ad nostram rem proficiat. Dicit enim Bernardus libr. II tit. 1 § 2ª species judicii duae sunt; est enim jus occultum et est judicium manifestum ... in manifesto qui confitetur, condemnatur vel pro condemnato habetur. Processus judicii est libelli oblatio, litis contestatio, interrogatio, probatio, disputatio diffinitiva[31]). Litis contestatio fit hodie per narrationem et responsionem.

Copiosius de litis contestatione disserit Pillius[32]) in ordine suo judiciario, quem composuit post annum 1198. Dicit enim litis contestationem fieri per narrationem

---

[29]) cf. Placentinum in Tractatibus plurimorum Doctorum. Venetiis 1584. t. III¹ f. 94. — cf. Waltherum l. c. § 8 quo loco dicit: Placentinum anno 1192 esse mortuum.

[30]) cf. Bernardi Papiensis summa edid. Laspeyres. Ratisbonae 1860. p. 32. Ex compositione materiarum hujus summae orta est divisio illa Decretalium et Sexti libri et Clementinarum in quinque libros: judex, judicium, clerus, sponsalia, crimen.

[31]) Bene notandum est, quod canonistae fere semper utantur verbo 'diffinitivum', quum Romani uterentur verbo 'definitivum'.

[32]) cf. Pillii (Pilii) Tancredi Gratiae libri de judiciorum ordine edid. Fr. Bergmannus. Gott. 1842. p. 1.

actoris et responsionem rei atque annotat, quod reus debeat praesens competenter respondere i. e. vel negando vel excipiendo, sed non declinando judicium. Aperte significat, litis contestationem adesse et valere tunc tantum, quum facta sit animo litigandi. Litigatur enim pura negatione petitionis actoris vel exceptione prolata, qua docetur jus illud, quod summam petitionis faciat, adesse quidem, at exstare certas quasdam rationes, secundam quas jus illud, quominus ad consequentias producatur, recte impediatur. Neutiquam vero litigatur quum respondeat reus declinando judicium. Hoc enim casu manifestissime demonstrat, se cum actore in hoc judicio non esse litigaturum. Atque Pillius perscrutatus, quid sit, si reus detrectans litis contestationem actori respondere nolit, quo modo illi sit consulendum, respondet, quod actor jurare debeat de calumnia et reus, nisi responderit, pro confesso haberi debeat, non tamen semper condemnandus, nisi prout qualitas exegerit. Quibus verbis[33]), uti mihi videtur, recordatus est legis 8 D. de confessis, qua cavetur, ne omnimodo confessus rei nomine debeat condemnari, quae an in rerum natura sit, incertum sit. Quod vero ad ipsos confessos attinet, sententiam profitetur, quod confessi pro condemnatis habentur ad hoc, ut actor quidem a probatione exoneretur, minime vero judex a prolatione sententiae quam potius ferre debeat (cf. D. 48. 3. 1. 5) qua re facile accidere potest, ut judex, si actor rem suam immoderate aestimaverit, eam recte aestimare possit vel debeat. Quod ergo dicatur l. 25 § 2 D. 9. 2 quod in confitentem nullae

[33]) cf. Pillium l. c.

Digitized by Google

sunt partes judicis, verum esse approbat, quantum ad aestimationem et cognitionem causae, minime vero alias.

Pergo ad Damasum[34]), qui scripsit ordinem judiciarium infra 1210—1227 saepe verbotenus secutus Pillium. Titulo vicesimo de litis contestatione haec dicit: ea fit per narrationem actoris atque responsionem rei atque debent partes ipsae petere et narrare, nisi valde sit simplex actor[35]). Titulo deinde vicesimo secundo praescribit, ut reo nihil respondente actor juret de calumnia atque reus, ex quo non velit jurare, quia jurando satis contestetur litem, habeatur pro confesso et condemnetur.

Nullo modo hic Azonis dicta praetermittere possum, quum fundamentum firmissimum constituerent, cui, qui sequebantur, auctores haud difficile supraaedificare poterant atque illa causam multarum nec inanium praeberent quaestionum atque perscrutationum. Litis contestationem[36]) existimat esse negotii principalis apud judicem hinc inde factam narrationem, quam praecedere debeat libellus, nisi consensu partium remittatur. Annotat

34) cf. Anecdota quae ad processum civilem spectant. Gott. 1841. edid. Wunderlich p. 67.

35) c. 14 X. 2. 1 de judiciis: statuimus praeterea, ut principales personae non per advocatos, sed per se ipsas factum proponant, nisi forte sint adeo indiscretae, ut earum defectus de judicis licentia per alios suppleatur (1204).

36) cf. Azonis in sing. leges Cod. comment. 1596 p. 274 n. 2 cum judex: intellige ut judex (causam negotii audire coeperit) n. 4 audire: subaudi per narrationem utriusque partis, quia causa est res in dicendo posita et quia negotiorum merita assertione partium panduntur, intellige ergo de narratione actoris et de responsione rei.

Digitized by Google

insuper animum requiri ad litem contestandam, ita, ut reus velit judici tamquam judici respondere, non tamquam amico familiariter narrare negotium, quo casu si expresse dicat, se narraturum esse sine suo praejudicio haec narratio illi non praejudicet. At alia res est, si hoc negligat, quum hoc casu narratio praejudicet. Sicut priores, quos commonefeci, scriptores Azo docet in confessis[37]) judicis partes constare in pronuntiando vel aestimando qualitatem, quae non ita indistincte ponit imprimis in civili causa, quum causa criminali omissa distinguat, num actor ordine judiciario solito atque, ut ita dicam, solenni causam suam cum reo tractaverit, an ex abrupto a reo, quae sibi debeantur, petierit. Illic recte sententiam ferri probat, hic vero solum praeceptum, ut solvat reus intra certum tempus, ferri posse, sicut quotidie, ut addit, servari ipse videat[38]). In glossa Accursiana ad Cod. tit. de juramento calumniae (2. 59) sub verbo 'et responsionem' hanc annotationem Jacobi († 1178) reperi: 'nec distinguo, an responsio sit affirmativa vel negativa, quia utroque modo lis contestatur, quamvis contra videtur: Cod. 3. 1. l. 14 § 1. 'Sed nos stamus huic literae, quae simpliciter loquitur.' Quibus e verbis evidentissime apparet, jam in illis temporibus non satis constitisse, num re vera litis contestatio fieri posset per confessionem, quum alii Codicis textus huic sententiae aperte oppositi viderentur. Qua tamen re non satis in dubium atque in indaginem revocata, ne contradictio inesse diceretur Justiniani legibus auctores illorum

---

37) cf. Azo l. c. p. 887 n. 5.

38) cf. Azonis summa Cod. Lugd. 1546. rubr. de litis cont. fol. 31.

Digitized by Google

temporum opinabantur, verbum illud responsionis certe non temere nec sine optima causa a Justiniano positum esse, ita, ut melius esset in hac enuntiatione latius patente consistere. Colligere vero possumus e scriptis Azonis, fuisse quosdam, qui contra confessos sententiam recte ferri negarent. Quorum in numero habendi sunt Jano a Costa[39]) teste Irnerius Bulgarus Hugo Jacobus, quos denominat Odofredus in libro suo de libellis formandis antiquos doctores, Martinus vero Odofredus Azo sententiam in illos recte ferri declarabant, quorum sententia praevaluit. Addit Azo regulam Joannis Bassiani † c. 1200 de confessis, quae, quando confessio illis praejudicet, definit atque composita est in hunc modum[40]): 'confessus in jure, contra se, certum quid', quod jus et natura non respuit vel factum cujus nomine cum alio possit esse actio i. e. causa pecuniaria pro judicato habetur.' Primus vero omnium demonstravit[41]), authenticam illam 'si debitor fuerit confessus' in codice Authenticorum non inveniri ideoque falsam esse. Legitur quoque in glossa ad C. 2. q. 1. c. 1. v. confessum: 'habes hic, quod sententia ferenda est in confessis. Mentitur ergo lex, quae dicit, quod nullae sunt partes judicis in confitentem (D. 9. 2. l. 25 § 2), dic, quod nullae sunt partes

39) cf. Jani a Costa comment. et summaria in Decret. Greg. IX. Paris. 1676. p. 408.

40) cf. gl. ad v. solvere Cod. de conf. 7. 59.

41) cf. Azonis summa de conf. i. f. patet, quod illa verba: 'confessos in jure pro judicatis haberi placet' plena sunt mysteriis et subjacent insidiis et multiplices admittunt distinctiones. Falsa illa authentica, qua nisus Jacobus pronuntiaverat, nullam esse differentiam inter confessos extra judicium et in judicio. cf. de probatt. n. 20 seq.

Digitized by Google

quantum ad examinationem causae sunt tamen aliquae quantum ad prolationem sententiae. Proponitur vero regula[42]) de confessis parum mutata in hunc modum: 'major, sponte, sciens, contra se, ubi jus et hostis, nec natura, favor lis jusve repugnet' quae saepissime repetitur.

Jam ad finem harum allegationum progressus Tancredi[43]) mentionem facio, qui copiose processum civilem tractat. In ea quidem re cum praecedentibus auctoribus consentit, quod doceat, litis contestationem fieri per narrationem et responsionem in judicio factam, dissentit vero a Pilio et Azone, qui litis contestationem tunc solum valere opinabantur, quum sit facta animo litem contestandi i. e. litigandi vel judicis sententiae se subjiciendi, quum ipse potius affirmet animum non requiri, quod ex sua ipsius opinione colligi possit e decretali illa quarta (Urbani tertii) tit. de dolo et contumacia X. 2. 14, quae aperte illis contradicat. Quae vero decretalis 'prout' ut mihi quidem videtur probanda non continet. Declarat enim, quod, quum reus contumax, ne litem contestari cogatur, prius quidem juratoria data cautione respondere negaverit, sub finem vero ad interrogationem actoris responderit, quod quadraginta annis decimas perceperit, si denuo citatus non venerit, utpote lite contestata, diffinitiva sententia ferri possit. Quo casu recte lis contestata habetur[44]), quum reus specifice

---

[42]) Hugolinus putabat etiam absente adversario praesentem confitentem condemnari posse. Contrarium vero probabant Damasus tit. 34 p. 78. — Azo summa n. 5. — Basilica IX t. V p. 464.

[43]) cf. edit. Bergmann.

[44]) Verbum hoc 'utpote' hic, ut glossa ad h. l. annotat, expressivum

Digitized by Google

debuerit protestari, ne praejudicium sibi fiat responsio, quod quum omiserit, pro litem contestato habetur, quia animus contrarius nullo modo appareat. Nec vero quis dixerit, quod etsi juratoria cautione data, ut per omnia juri pareret, paucis diebus ante data reus nihilominus pro litem non contestato habendus sit. Accipiuntur enim verba, quomodo foris sonant imprimis in odium contumacium[45]).

Confessos vero pro condemnatis habet recordatus dicti illius Domini: 'ex ore tuo te judico, serve nequam' atque mavult reum, si interrogatus non responderit[46]), pro contumaci haberi, quam pro confesso atque puniri ad judicis arbitrium.

Si respiciamus nunc ad omnes has scriptorum enuntiationes, certe haec summa erit argumentationum.

Usque ad id tempus, quo haec decretalis, de qua dissero, lata est, h. e. usque ad initium XIII. saeculi statutum erat,

1. quod litis contestatio fieret per narrationem et responsionem[47]); qua in re auctores citabant ipsas

---

veritatis est, non ergo significat id, quod nos Germani dicimus: als wenn, als ob, sed potius: da ja.

[45]) cf. Innocentius commentaria ad Decret. ad h. tit. haec decretalis loquitur, quando reus est absens per contumaciam, quia si esset praesens, posset esse per confessionem suam vel alio modo actor probaret de jure suo, quod in ejus absentia fieri non potest et ideo in ejus odium est inductum, ut mittatur in veram possessionem.

[46]) p. 3 t. 4 § 1 p. 210.

[47]) Non contradicit Brachylogi auctor, quum incertum sit, num l. c. scripserit: litis contestatio tunc facta videtur, quum utraque parte praesente unus proponit, alius contradicit vel condicit. Vide not. *e* p. 151.

Digitized by Google

Codicis leges: libr. III. tit. 1. l. 14 § 1 et tit. IX. l. un. atque libr. II. tit. 59. l. 2 pr. Nec non observandum est, auctores Brachylogi et Petri exceptionum atque Placentinum loqui de tempore, quo lis contestata videatur, omnes vero, qui sequebantur, scriptores loqui de litis contestatione, quomodo fiat. Illas leges auctores ita interpretabantur, ut verbum narrationis l. unicae Cod. declaratam putarent per narrationem propositam et contradictionem objectam l. 14 § 1 cit., ut ex enuntiationibus legum Romanarum de tempore, quo lis contestata videretur, concluderent, litem contestatam esse post facta illa, ideoque litis contestationem ipsam fieri per facta illa atque verbum responsionis verbo contradictionis praeferrent, quum latius pateret.

2. quod animus requireretur ad litem contestandam, qui ne praesumeretur ipse reus protestari deberet, quod haec vel illa esset allegaturus sine praejudicio suo judici non ut judici, sed tamquam amico.
3. quod in confessos (matrimoniali ac tormentorum causa excepta) recte sententia ferretur, si quae certis quibusdam exprimerentur regulis, omnia adessent. Atque bene notandum est, quod canonistae plane neglexerint, quid sententia illa juris Romani: 'confessi in jure pro judicatis habentur' significaverit. Duplex enim potest esse confessionis natura, quum primum quidem indicet, aliquem de jure suo aliquo disposuisse, juri suo renuntiasse, tum vero, aliquem dicere, haec vel illa ita se habuisse vel e contrario non exstitisse.

Digitized by Google

Ut valeat illa confessio, necesse est, quod confitens possit disponere de jure aliquo atque disponat de eo nullo metu, nulla vi, nullo errore commotus ex sua ipsius voluntate, quod confessio et jus et naturam recipere possit. Plane, si quis ita recte in jure confiteatur semet ipsum condemnat atque recte habetur pro judicato, ita, ut judicis sententia necessaria minime sit. Hac vero confessione efficitur, ut confessus adversarium relevet ab onere probandi atque, sit venia verbo, disponat de veritate hujus vel illius facti, dicti, promissi, aliorum actuum. Qualis confessio [48]) summi momenti est et saepe dicitur nulla major exstare probatio, quam proprii oris confessio ideoque dicitur plenissima probatio, quae superat omne genus probationis per testes vel instrumenta factae. Talibus factis confessionibus fiebat judicis sententia, qui earum rationem habebat. Fiebant vero ipsae in judicio apud Romanos. Cujus rei canonistae inscii novam doctrinam prodebant confessionis judicialis, quae fundamentis plane eversis in hunc modum statuebatur, ut quae postularentur ad vim confessionis in jure efficiendam omissa differentia confessionis in jure atque in judicio factae, tamquam necessaria adducerentur ad auctoritatem confessionis judicialis h. e. coram competente judice factae. Quo modo in substantialibus confessionis versu illo memoriali continentur verba illa: 'major, sponte, sciens', quae momenta, ut elucet, tantum

[48]) cf. Heffter l. c. § 223—227 quo loco tria confessionum genera discernit. cf. cum § 332 n. 291. — Keller l. c. § 63. l. 14 § 1 D. 11. 1 de interrog. — Bethmann-Hollweg Versuche aus dem Civilprocesse. Berlin 1827. n. 4.

Digitized by Google

valere possunt in iis, qui de jure suo disponere velint. Adducebatur quoque sententia illa Romanorum, quae spectabat ad confessos in jure, ad eos, qui in judicio canonistarum confessi erant, ita, ut sententia judicis plane necessaria existimaretur, quum partes judicis in condemnatis in nulla alia re consistere possent, quam in eo, quod ipse eos condemnaret.

§ 6.

Quae omnia, si perpendamus, certe non mirabimur, quod papa Gregorius nonus, qui sedem papalem obtinebat annis 1227—41, hoc loco dixerit, litis contestationem fieri per petitionem in jure propositam et responsionem secutam, quum haec fuerit illius temporis certissima nec non in optimorum auctorum scriptis fundata doctrina[49]). Restat vero, ut loquar de verbo 'in jure' atque longius tractem de positionibus quaeque sit ratio, quod per positiones et responsiones ad eas factas lis contestata non videatur.

Non solum hic sed ubique[50]) in jure canonico verbum juris non specificam declarationem processus Romani per formulas facti exhibet, sed significat locum ubi jus redditur, ubi judex mandatus seu delegatus degit. Quod

---

[49]) Vultejus l. c. n. 63 dicit: secundum partes dividitur in petitionem actoris et responsionem rei, quam interpretatores referunt ad c. un. Cod. Haec distributio antiquitati est incognita, si quidem haec narratio et responsio non sunt partes litis contestationis.

[50]) cf. Janus a Costa l. c. p. 400 seq. — Reiffenstuel jus eccl. Monachii 1702. t. II de conf. n. 4 jus i. e. locus, quo redditur jus — porro judicium coram competente judice. — Vultejus tract. de judicc. l. c. secernit jus a judicio, sed dicit, saepe scriptores illis verbis promiscue uti.

Digitized by Google

verbum hic mihi notatum videtur, quia in judiciis ecclesiasticis omnes res tractandae ordinarie erant introducendae per actionem in libello comprehensam, quae per judicem reo mittebatur et reo in jus vocato recitabatur, ut et ipse reus denuo atque diligentius intelligeret, quae a se peterentur atque posset examinare, num cedere deberet petitioni actoris necne, actor vero recitatione facta quid quale quantaque a reo peteret eo melius perspiceret. Antiquitus quidem res aliter se habuerat, quod elucet e novella 67 Justiniani, quam refert verbis Juliani antecessoris Gratianus C. 11. q. 1. c. 45: 'ubi autem episcopus causam dirimere vult sine scriptura, omnia procedant et diffinitiva sententia sine scriptis ab eo proferatur.' At postquam ad formam judiciorum forensium vel civilium ipsa ecclesiastica judicia formari coeperunt, non amplius simplex quaestio et controversiae expositio suffecit sed libellis opus erat[51]). Lege igitur, quae legitur c. 1. X. 2. 3 de lib. oblatione cavebatur, ne judex ullum cum reo quodam certare sineret, nisi prius actor libellum ipsi judici proposuisset. Generaliter quidem hic libellus judici erat offerendus, at exstabant nonnullae causae, in quibus sine illo partes experiri actionibus atque defensionibus poterant. Transeamus nunc ad positiones[52])

---

[51]) cf. Damasus (ed. Wunderlich) p. 55. — Gratia Aretinus (ed. Bergmann) pars 2 p. 357. — Bonaguida (ed. Wunderlich) p. 252 libellus continere debet nomen actoris — nomen rei — nomen judicis — rem, quae petitur et causam petendi. X. 2. 3 de lib. obl. c. 2. 3. X. 2. 28 de appell. c. 49. — Pillius (ed. Bergmann) p. 4. — Tancredus (ed. Bergmann) p. 164.

[52]) Positiones commemorantur exinde a temporibus Gregorii noni

Digitized by Google

et responsiones quarum in decretali nostra mentio fit. Sicut enim jure Romano ante litis contestationem actionis recte instituendae gratia interrogationes[53]) fieri solebant ita jure canonico interrogationum usum reperimus idcirco introductum, ut actor cognoscat, num actionem recte instituat tam quoad personam rei quam quoad bona aliaque facta attinet. Tales interrogationes[54]) fiebant in decem casibus specialibus et uno generali. Post vero litem contestatam, quum actor intentionem suam vel reus exceptionem probaturus esset, neque adesset certa probandi vel per testes vel per instrumenta doctrina apud canonistas, onus quidem quod tam actoribus, quam reis occumbebat summum ac gravissimum habebatur, ita ut canonistae perscrutarentur, num fortasse rationabili methodo personae illae hoc difficillimo onere possent exonerari. Ad quam rem aptissimae videbantur interrogationes illae atque responsiones quae naturam confessionum habebant. In illis interrogationibus actor quod intendebat proferre poterat interrogatoria forma usus; ad quod reus per judicem rogatus ut responderet respondebat aut negative aut affirmative forma confessionis. Itaque si tales interrogationes admittebantur effectum erat, ut actor non strictam probationem proferre deberet multisque interrogationibus reum ita fatigare posset, ut

in c. IX. 2. 5. c. 1. 2. in VI. 2. 9. c. 2 in VI. 2. 10. c. 3 in VI. 2. 11. c. 2 Clem. 5. 11.

[53]) cf. l. 1 § 1 D. 11. 1 de interrog. l. 9. Cod. 3. 1 de judicc. Goldschmidt Litiscontestation u. Einreden. Frankfurt 1812. p. 35. — Heffter § 215. 358.

[54]) cf. Pillius l. c. p. 32. — Tancredus p. 207. — Gratia p. 361.

Digitized by Google

reus annueret forte quod alias fuisset negaturus. Tales interrogationes summi momenti erant, quum multum conferrent ad illustrandam juris canonici parum decisam et re vera indefinitam litis contestationem[55]) qua facta judex quid inter partes specifice vel singulatim disceptaretur ignorabat. Quam rem ita se habere elucet e decretali 6. X. 2. 7 de jur. cal. (anno 1206 ab Innocentio tertio lata) ubi legitur:

'petitionem ipsius archiepiscopi per procuratorem ejus fecimus exhiberi et ad eam alteram partem respondere ac interrogationibus et responsionibus redactis in scriptis et lite coram nobis plenissime contestata fecimus calumniae juramentum ab ipsis procuratoribus utrimque praestari.'

Optimo jure hic lis plenissime contestata denominatur, quum interrogationibus et responsionibus demum factis judex quid reus actori concederet quid negaret perspiceret. Quod vero hic nominatur interrogatio[56]) postea in decretali nostra appellatur nomine positionis, quum actores factum vel dictum vel promissum de quo reos examinare vellent non interrogatoria forma usi proponerent sed positive ponerent in forma: pono, quod ...

---

55) cf. Böhmer l. c. § 7 p. 1056. — Albrecht l. c. p. 151 seq. — Lancelottus institutiones jur. can. Colon. 1609. libr. III tit. 14 de probatt. p. 707 ad v. positiones.

56) Durandi (Durantis) speculum judiciale. Francof. 1612. p. 2. 2 de positionibus § 3. — Attamen Petrus de Ferrariis practica rubr. de positt. suadet, ut interdum actores interrogationibus potius procedant quam positionibus quum illae sibi non praejudicent, praejudicent vero positiones, Bartolus ad c. un. Cod. Lugd. 1567. n. 13.

Digitized by Google

Hoc verbum 'pono' hic significat quod nos Germani vocamus behaupten. Itaque nomine quidem mutato res eadem permanserat. Atque sunt positiones[57]) allegationes facti vel promissi vel conventi assertorie factae ad quas reus stricte respondere debet; respondere enim debet, quia a judice vel ab actore interrogatur, recte vero respondere debet, quum aeque atque actor juramentum dandorum praestitit ipse antea juramentum respondendorum praestare debuerit. Ad quas positiones, nisi stricte reus responderit, id quod actor secundum formam positionis demonstrare vult pro probato habetur. At contrarium quoque hic observatur. Sicut enim actor probandi causa petere potest, ut reus stricte respondeat, ut ab onere probationum relevetur, ita quoque reus similiter hoc jure uti potest. In judiciis enim, ut ait Fagnanus, debet esse actoris et rei parilitas, reprobatur autem vehementer inaequalitas adversariorum. Si vero reus termino dato ad respondendum absit contumax redditur[58]). Atque positiones erant offerendae judici in

---

57) Fagnanus (Prosperus) jus can. sive comment. in V libr. Decret. de lit. cont. declarat esse eas (in n. 55) simplices assertiones facti ad causam pertinentis medio juramento in scriptis exhibitae, ut per responsionem adversarii ad interrogationem judicis relevetur pars actoris. — cf. Hinschium, qui l. c. disertissime de positionibus disserit quantum eae attineant ad fundandas actiones reales p. 117. — Durandus l. c. § 1. — Zabarella l. c. fol. 12.

58) cf. gl. ad v. jussusque c. 2 in VI. 2. 9, recusare responsionem reus non potest, nisi rationabilis adsit causa, si forsitan sint positiones impertinentes, obscurae, multiplices, captiosae, cavillosae, de facto alieno vel de crimine aliquo. gl. ad v. statuimus c. 1 eod. t. — Bonaguida l. c. p. 311. — Fagnanus l. c. n. 86.

Digitized by Google

scriptis redactae[59]), ut eas examinare posset et citaret reum; nominabantur vero ea, quae in illis continebantur, articuli[60]) voce praesertim quotiens tenore illorum a reo negato actor ad probandos illos accedere deberet eo quod singulos articulos in scriptis reductos judici offerret, ut de iis testes quos ipse produceret vel induceret reciperet atque postea examinaret[61]).

Expressis verbis Gratia Aretinus testatur de iis quae supra de ratione positionum usu longaevo introductarum diximus. Dicit[62]) enim: 'inventae fuerunt, ut partes relevarentur ab onere probationum[63]); facilius enim fiunt certe confessiones quam strictae atque necessariae probationes, in quibus summi momenti sunt habendi idonei seu legitimi testes qui raro inveniuntur.' Quae positiones apte constitutae multum conferebant, ut veritas ex ore litigatoris eliceretur. Sed positiones non tam utiles erant

---

59) gl. ad v. statuimus c. 1 in VI. l. c. gl. c. 2. v. absque in VI. eod. l. — Bonaguida p. 311.

60) c. 2 Clem. 5. 11.

61) cf. c. 29. 42. X. 2. 20 de testibus et attest. — Positionum tenor vel id quod in positionibus continebatur nominabatur articulus, de quo si negatus erat a reo testes producendi erant. Ideo dicitur nostro capite: pos. et resp. super quibusdam articulis factae. cf. c. 2 in VI. 2 de testibus.

62) cf. Gratia l. c. p. 361. — Bonaguida quatuor argumenta prodit quae articulorum causas praebeant l. c. p. 275 — 277.

63) cf. Bonaguida p. 306 quam sit grave onus probandi et maxime per testes prudenter intelligit, qui evidenter attendit. — Durandus l. c. § 2 positiones fiunt, ut ab onere probandi partes releventur; n. 2 grave enim est onus probandi per testes, sed facilius fiunt confessiones quam testium productiones.

Digitized by Google

quam potius necessariae ac non evitandae[64]). Quid enim dicemus de probationis modo in jure canonico? Haec non obtinebat certum locum in processu, sed diversis locis diversis temporibus fiebat; fieri enim poterat ante litem contestatam, quotiens exceptio dilatoria erat probanda, quotiens acciderat quod positiones[65]) ante litem contestatam probandae erant; probatio fieri poterat post litem contestatam in probandis exceptionibus peremtoriis fieri poterat in producendis testibus in proferendis instrumentis. Itaque nullo modo ibi reperitur certa in causa procedendi pars vel tempus certum quod denominari possit *tempus probationum* ut in nostro processu invenitur spatium aliquod quod appellatur Periode der Beweisführung praecedente tempore, cui nomen est Periode des Schriftwechsels. Significantur potius singuli[66]) qui in processu inveniuntur actus certis quibusdam ver-

---

[64]) cf. Hinschius l. c. p. 117. Apud Francogallos positiones facere nominatur Jano a Costa teste: *articuler* et erant solennia verba haec: *N. N. met par fait positif et véritable* ... De frequenti positionum usu testatur Durandus l. c. § 5: sed in curia Romana et quasi ubique positiones formantur. Quarum nonnulla exempla proponuntur in Ughelli Italia sacra edit. II. Venet. 1717. t. V p. 1266. t. VII p. 305. tom. X p. 83.

[65]) cf. gl. ad c. 1 in VI. 2. 10.

[66]) Duo tempora secernit Tancredus p. III t. 1 pr. item praef. i. f. Tria sejungunt tempora: Pillius prooem. i. f. — Brachylogus tit. 9 n. 2 p. 144: considerari oportet in causa quae eam praecedunt, quaedam quae insunt, quaedam quae sequuntur, singuli actus hi dicuntur: actionis editio, in jus vocatio, libelli conventio, juramentum calumniae, litis contestatio, interrogationes et responsiones judicis, testium et documentorum productiones, allegationes, sententia, executio, provocatio (qua in re

Digitized by Google

bis, separati proponuntur, ita ut omnes conjuncti constituant causae agitationem. Quod elucet ex illis declarationibus secundum quas duo tempora imprimis secernuntur in processu, scilicet tempus praeparatoriorum judicii atque judicii ipsius, ex illis secundum quas tres vel sex vel decem vel plures partes processus enumerantur nullo majoris vel minoris momenti facto discrimine. Sed si quaeramus quanam ratione haec tanta differentia canonici et recentioris processus exstet certe nulla alia in re eam constare arbitrabimur quam quod nos recentiores utamur vel certe uti debeamus libellis qui demonstrant facta quaedam quae formant causam[67])

Brachylogi auctor sequitur ordinem Codicis titulorum, idem facit Gratianus ad c. 4 q. 3 C. 3. ad c. 2 C. 3 q. 6). Sex tempora esse dicunt Bernardus Papiensis libr. II t. 1 § 3. t. 19 § 5. — Ricardus Anglus p. 24. — Hostiensis summa ad Decretales Gregorii noni, de sententia § qualiter proferri debet. Decem tempora profitetur Arnulphus in summa sua cf. Heffter § 330 n. 277. — Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XI p. 109. — Wunderlich e. l. p. 85. — Bartolum auctorem idem dixisse probat ideoque Bartoli et Arnulphi summam eandem esse demonstrat cf. Joannis Andreae, summula:

Primo reum judex citat et post hoc liber illi
Fertur et induciae dantur de reque petita,
Lis contestatur, sequitur calumnia partes,
Quaeruntur testes et instrumenta sequuntur,
Producti manifestantur, super his placitetur,
Diffinitiva sententia postea datur,
Quae mala si fuerit datur appellatio parti.

Sedecim actus profitetur Maranta, praxis aurea. Lugd. 1554. de lit. cont. p. VI: in secunda parte adsunt sedecim actus principales quorum in numero sunt tortura, repulsa, accusatio incidens, alia.

[67]) Hic disserere nolo de causa proxima atque remota, de quibus causis recentiores valde dissentiunt. cf. Bayer Vorträge über d. gem.

Digitized by Google

aliquam, secundum quam actor jus hoc vel illud sibi competere contendere possit. Nec ulla exstat differentia inter actiones personales atque reales. Utimur ergo libellis, qui dicuntur nostro loquendi more substantiirte. Plane alia res erat apud canonistas. Causam enim, qua nitebatur petitio actoris, tantum in actionibus personalibus actor coactus erat edere quum talibus causis nullo modo reus cognoscere posset[68]) quam causam spectaret actor ideoque nesciret, num actioni cedere an certare deberet quia obligatio ex diversis iisque plurimis oritur causis quarum una specialiter edenda est. At in actionibus in rem causa illa necessario quidem edenda non erat quum ex ipsa petitione plerumque elucere diceretur[69]) qualem causam spectaret actor. Nec tamen sine magno incommodo ac periculo actor talem in modum experiebatur quia nulla causa expressa suum jus in judicium deduxisse totum videbatur, ita ut ei ex alia causa contra eundem adversarium procedenti obesset rei judicatae exceptio[70]). Nec certe magni habendum est, quod nulla causa expressa[71]) post litem contestatam nonnulla accidere possunt quibus intentio ejus fundari possit. Quae quum ita sint facile intelligitur lite contestata

Civilpr. 7. Aufl. 1842. p. 298. — Heffter § 342. — Sintenis Erläuterungen zu Linde 1840. I p. 223—240. Apud Romanos causa proxima dicitur actionis l. 27 D. de exc. rei jud. 44. 2 et l. 14 pr. eod. juris laesio; cf. Bekker process. Consumtion § 19. — Wetzell § 16.

[68]) cf. c. 3 X 2. 3 de lib. obl.

[69]) cf. gl. ad c. 2 X 2. 3 de lib. obl.

[70]) cf. gl. cit. l. 11 § 2. 14 § 2 D. 44. 2 de sententia.

[71]) cf. c. 3 in VI. 2. 14.

Digitized by Google

non ita raro nihil proditum fuisse coram judice de causa qua fundaret actor petitionem suam, nihil in actionibus in rem de factis quae ad causam ipsam constituendam attulissent; ideo positionibus illis opus erat quibus tam de causa quam de factis disseri poterat; qua re facta judex melius rem perspicere poterat. Haec erat summa utilitas positionum et responsionum ad eas factarum. Nec vero talibus positionibus quales adhuc demonstravimus, talibus dicti vel facti vel promissi declarationibus dici poterat intentionem vel petitionem aliquam ab actore propositam esse quum qui poneret minime ostenderet se hac re nisum agere ac certare velle cum reo nec actor semper quae poneret peteret aliudque re vera esset petere aliud ponere. Quum vero petitio actoris in substantialibus processus haberetur nec sententia dici posse affirmaretur nulla petitione praemissa intelligitur his positionibus nullo modo litis contestationem fieri[72]). Quod decidebatur hoc nostro canone. Certe enim facile dubitari poterat illis temporibus quibus positiones sensim sensimque in usum forensem introducebantur, num positionibus illis, quae haud ita raro totam petitionem complectebantur atque secutis responsionibus perfectum

---

72) Hostiensis l. c. § quae sit ratio, quod per positt. — Gaufredus (Goffredus Tranensis) summa ad Decret. Greg. IX de lit. contest. — Gonzalez Tellez l. c. n. 11. — Baldus ad Decret. Greg. IX Mediol. 1489 de lit. cont. X 2. 5 n. 5 petitio est quid perfectum; sed positio non est quid perfectum: sed quaedam particula non continens petitionem et ideo qui ponit nihil petit ponendo, sed sunt verba enuntiativa. — Odo Senonensis (Hinschius p. 121 n. 28) ea, quae vocantur positiones in curia eccl. vocantur articuli in curia saeculari.

Digitized by Google

esset quod diceretur: lis contestata est post narrationem propositam et responsionem secutam. Ex praemissis hoc, ut opinor, elucet apud canonistas litis contestationem esse factam per petitionem in jure propositam atque secutam ad eam responsionem. Quod eo melius apparebit si pergamus ad secundum capitulum, quo de litis contestatione disseritur iisdem verbis, dico ad c. un. X. 2. 5 de litis contestatione, ita ut hic addere possimus quae superiore loco omiserimus.

Proponitur hic casus:

> Olim inter episcopum Noviensem ex parte una et capitulum ecclesiae Sancti Quintini ex altera super quibusdam injuriis et excommunicationum sententiis et quibusdam aliis articulis orta materia quaestionis. Iudices factis quibusdam positionibus et responsionibus ad easdem, auditis etiam quae partes voluerunt proponere coram eis causam eandem ad examen apostolicum remiserunt.

Tali rerum statu papa Gregorius nonus rescribit:

> Procuratoribus igitur partium propter hoc in nostra praesentia constitutis, quamvis positiones et responsiones hinc inde super pluribus articulis factae fuerint coram judicibus memoratis quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat, processum ipsorum de fratrum nostrorum consilio irritum duximus nuntiandum.

Latius doctrinam supra allegatam de litis contesta-

Digitized by Google

tione declarat Innocentius[73]) quartus papa in commentariis suis ad Decretales Gregorii conscripto haec fere processus. Docet responsionem rei ad petitionem actoris pertinentem animo litigandi necessariam esse ut lis contestetur. Ad petitionem vero pertinere debet responsio quia in judicio statuendum sit quid reus de petitione actoris dicat vel sentiat, num petita confiteatur an plane neget, an agnoscat exceptione eadem elisurus. Hac re sola declaratur, num reus cum actore coram judice litigare atque sententiae illius se subjicere velit. Verbum ipsum 'litem contestari' nihil aliud significat, nisi simul testari quod quis velit cum adversario litigare. In responsione certa quaedam verba apta sunt adhibenda, quibus declaratur reum respondere actoris petitioni animo litigandi ductum, quae tamen verba si sunt ambigua declarantia habentur litigandi animum, nisi contrarium evidentissime appareat vel reus specialiter protestetur, ne inde sibi praejudicium fiat. Ac movet Innocentius gravem illam quaestionem, num sufficiat de jure respondere libello actoris vel petitioni ejus. Quod annuit cum qualisqualis sit responsio illa de jure intelligatur, num jus illud ac omnia quae inde oriantur agnita sint necne. Sufficit quoque respondere ad causam allegatam quae ut actori proficiat certe adesse debet ac jus petitum continere debet, ita ut si reus de causa respondeat simul de jure quod inde oriatur profiteri videatur.

Quod vero attinet ad verbum responsionis ipse Bernardus Parmensis jam in glossa ad c. 54 § 3 X. 1. 6

---

73) cf. Innocentius papa (auctoris nomine Sinibaldi Flisci, Richter Kirchenrecht § 59) comment. ad Decret. Greg. IX. edit. 1491.

Digitized by Google

de electione v. responsionem tractavit quaestionem, num re vera simplici responsione h. e. confessione, an quali confessione lis recte contestetur? Dicit enim: 'Sed pone, quos reus confiteatur quod petitur ab actore, numquid per confessionem fit litis contestatio.' Videtur, quod non, quia dicit lex (14 § 1 Cod. 3. 1) per narrationem propositam et contradictionem objectam fit litis contestatio; et alibi dicitur lis contestata cum judex per narrationem causam audire coeperit: et ita quod dixit simpliciter per narrationem determinatur per illam, et ita videtur, quod fiat litis contestatio tantum per contradictionem et non per confessionem. Dicas quod si libellus datus est adversario et proposita narratio actoris adversario et ipse confiteatur animo litem contestandi tunc lis est contestata et ex tali confessione damnatur et ita sententia diffinitiva fertur contra reum. Sed si non datus sit libellus et reus confiteatur in judicio tunc non dicitur fieri litis contestationem, nec fertur sententia diffinitiva sed judex praecipit reo ut solvat ad certum tempus et tale praeceptum non appellatur sententia diffinitiva, sed simpliciter dicitur praeceptum et ita servatur. Est ergo rerum quod oblato libello adversario et postea proposita petitione actoris in judicio sive reus neget sive confiteatur litem contestando litis contestatio est facta. Et hoc satis habetur per hoc quod dicit, quod per narrationem et responsionem litis contestatio fiat non distinguendo confitendo vel negando.

Ex praemissis hoc, ut opinor, evidentissime patet, quod litis contestatio illorum temporum fuerit actus bilateralis factus per petitionem actoris in jure proposi-

Digitized by Google

tam, recitatam (ut infra apparebit) ab actore vel a procuratore ejus, atque secutam ad eam responsionem directam tam generalem contradictionem quam simplicem responsionem[74]) animo litigandi prolatam. Neutiquam vero omittendum est hoc canone aeque ut priore processum lite non contestata vel non rite contestata pronuntiari irritum i. e. sine omni effectu, ita ut inde colligi possit etiam a canonistis litis contestationem de substantialibus processus esse habitam ac recte quidem, quum litis contestatione omissa, num partes in judicio constitutae certare velint provocaturae ad sententiam judicis quidque inter illas disceptetur plane incertum sit[75]). Quod vero canonistae responsionem directam ad petitionem actoris duxerint necessariam optime intelligetur si quid de exceptionibus peremtoriis statuerint quantum ad litis contestationem rite faciendam per exceptionis peremtoriae objectum diligentius examinemus. Quam ob rem transire mihi liceat ad c. primum libri Sexti tituli 3 de litis contestatione libri II. Quem canonem priusquam exactius tractemus, prius quid canonistae senserint in universum quidem de natura exceptionum dispiciamus.

---

[74]) Joa. ab Imola l. c. n. 4 et nota quod simpliciter dicit responsionem et sic facit quod etiam responsio quae fit petitioni confitendo inducat litis contestationem.

[85]) cf. Zabarella lectura solennis et aurea. Lugd. 1518. f. 160 n. 6 litis contestatio est de substantialibus processus, idem Lugd. 1502. ad sec. libr. Decret. ad c. olim f. 12.

Digitized by Google

§ 7.

Jam supra[76]) notatum est canonistis plane ignotam fuisse divisionem illam Romanorum inter jus atque judicium factam quae attinebat ad judiciorum genera in processu quidem per formulas celebrato. Huc accedit quod ignorabant quomodo formulae a praetoribus ederentur atque componerentur, quomodo rei defensiones quae spectarent ad actionem formulis insererentur. Quum ignorarent prorsus exceptionum juris Romani vim ac naturam verbo exceptionis aeque ut defensionis utebantur ad significanda omnia quibus reus se defendere posset contra actorem hoc vel illud petentem. Largiore enim sensu omnes defensiones[77]) reorum appellabantur exceptiones, ut e. gr. ipsa petitionis actoris negatio. Proprie autem vocabantur defensiones[78]) omnia, quae ipso jure tollunt atque perimunt omnem actionem veluti solutio et acceptilatio. Nam solutione ejus quod debetur atque debiti acceptilatione omnis obligatio tol-

[76]) cf. p. 28 n. 50.

[77]) cf. Bonaguida p. 260 ut si petis a me decem et ego dico: 'non credidisti' vel 'solvi'. Sed in hoc casu puto, quod verbis commodioribus potest dici exceptio, i. e. exclusio intentionis.

[78]) cf. Dur. libr. II p. 1 de exceptt. et replicatt. § 1 n. 4. gl. ad c. un. in VI. de lit. cont. v. defensionis. — Brachylogus lib. IV t. 29 est autem exceptio contra actionem ipso jure tenentem gratia ejus cum quo agitur ex aequitate inducta defensio. Hae autem exceptiones tunc locum habent cum is, qui convenitur, jure quidem stricto tenetur actioni, sed ei contra jus strictum aliqua praedictarum causarum interveniente ex aequitate succurritur. — Dinus de Regulis Juris. Venet. 1483. excipiens non fatetur.

Digitized by Google

litur. Haec enim et similia proprie defensiones appellabantur, non exceptiones quia licet defenderent reum et per consequens repellerent agentem non tamen excluderent actionem quum nulla ibi esset actio excludenda. Vera vero exceptionum natura in eo constare putabatur, quod essent exclusiones actionum[79]). Quarum exceptionum aliae putabantur dilatoriae, aliae peremtoriae, aliae anomalae. Dilatoriae exceptiones dicebantur quae differrent causam ac hanc ob causam evitari possent et dividebantur in duo genera[80]): dilatorias solutionis et declinatorias judicii. Illae differebant solutionem hae spectabant ad judicium declinandum et competebant ex ipsa jurisdictione, e persona judicis actoris vel procuratoris atque rei. Peremtoriae autem habebantur quae in perpetuum actionem actoris perimerent. Anomalae denique erant quae non sequerentur, non saperent naturam aliarum partimque erant peremtoriae partim dilatoriae veluti exceptiones non numeratae pecuniae vel dotis. Qui tales exceptiones proferebat eas non probabat, sed onus probandi[81]) contradicenti actori occumbebat. Quod vero ad tempus attinebat quo essent proferendae, ut valerent, dilatoriae ante litis contestationem opponendae erant allegatis ad hanc rem probandam legibus 12. 13 Cod. de exceptt. 8. 36[82]): 'si quis advo-

79) Bonaguida p. 257.

80) cf. Tancredus p. 2 t. 5 de exceptt. § 1 p. 140. — Dur. l. c. § 2. 3. — Pillius p. 2 § 2 p. 23. — Gratia p. 1 § 2 p. 351.

81) cf. Bonaguida p. 261. — Dur. § 1 n. 7.

82) Pillius l. c. — Tancredus l. c. — Azo summa Cod. de probb. n. 19. de exceptt. n. 7. — Gratia p. 1 tit. 9 § 2. — Bonaguida I p. 3

Digitized by Google

catus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere et ab hujusmodi opitulatione submotus nihilominus perseveret atque praeposterae defensioni institerit, unius librae auri condemnatione mulctetur ... 'Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas'; atque l. 19. Cod. de probatt. 4. 19:

> Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit quod asseverat oportet.

Hae vero probabantur intentione actoris probata secundum l. 9 Cod. de exceptt. 8. 36. Ne vero reis liceret iterum atque iterum exceptiones tales proferre aliis repulsis ac ita inanibus et vagis laboribus vexare actores nec non lites praeter modum retardare Innocentius III. papa c. 4 X 2. 25 de exceptt. praecepit, ut judex terminum statueret infra quem omnes dilatoriae exceptiones sub poena praeclusi essent proponendae. Cujus canonis rationem profert hanc quod si reus post litis contestationem opponat per ipsam non impediatur processus judicii et dilatoriarum materia amputanda sit. Hoc enim judex curare debet, ut cito lites decidantur; nec reus potest ex hoc multum conqueri si postea tales exceptiones proponere non possit, quia cum temporale tum modicum generet praejudicium. Item, si ante litis contestationem tacuit postea eas proponendo praesumitur differendi causa facere.

---

t. 1. — Dur. § 1 n. 3. 12. 14. Excipiuntur exceptiones falsi procuratoris — judicis non sui — excommunicationis.

Digitized by Google

Dispiciamus denique de exceptionibus peremtoriis[83]), quas proferendas esse ante litis contestationem vel in illa praescribit l. 8 Cod. 8. 36: Praescriptionem peremtoriam quam ante contestari sufficit omissam priusquam sententia feratur objicere '*quandoque*' licet. Quod verbum ab auctoribus medii aevi usque ad recentissima tempora pro '*quandocunque*' acceptum est, ita ut plane sensus illius legis perverteretur, cujus enuntiatione expresse dicebatur, nunquam nisi rarissime i. e. quandoque, quod nos Germani vocamus[84]): zuweilen, unter Umständen minime vero continuo, quolibet loco vel tempore ante sententiam prolatam exceptiones peremtorias opponi posse. Cujus statuendae legis haec forsitan ratio erat quod prius quidem dum formulis ageretur certe constaret, nullas exceptiones formulae inseri nec usquam observari, nisi essent prolatae ante conceptionem formulae; quum vero in desuetudinem illae abiissent qua-

---

83) Primus omnium exceptionum peremtoriarum in initio proponendarum Gratianus mentionem facit c. 2 C. 3 q. 6 dict. Grat. ad § 7 c. 4 C. 3 q. 3 quae glossa secundum correctores Romanos in manuscriptis quibusdam Joanni tribuitur.

84) cf. Dirksen manuale latinitatis. Berlin 1837. p. 799 v. quandoque: § 1 aliquando syn. in tempus, post certum tempus. opp. quandocunque. Allegatur etiam ad hanc rem probandam l. 2 Cod. 7. 50: 'peremtorias exceptiones omissas in initio antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat'. Quae quidem lex apertissime in verbis 'omissas in initio' demonstrat exc. peremt. opponendas esse ante lit. contestationem vel in illa. Ex enuntiatione 'perpetuum edictum' colligitur imperatores spectasse ad in integrum restitutionem, quae in exceptionibus omissis secundum jus honorarium locum habebat. cf. Gai. IV § 125. — Keller röm. Civilpr. p. 142 seq.

Digitized by Google

tenus exceptiones admittendae essent statuendum erat, quod lege illa fiebat. Litis contestatio autem recte facta putabatur tali exceptione objecta, quum apertissime tali defensione reus animum litigandi declararet quia ipse erat probaturus quod actio actoris vel jus illius per hanc vel illam rationem perimeretur[85]). E contrario vero opinionis prolatae Innocentius papa c. 1. in VI. 2. 5 de litis contestatione de ipso processu ordinario statuisse videtur. Dicit enim:

Exceptionis peremtoriae seu defensionis cujuslibet principalis cognitionem negotii contingentis ante litem contestatam objectus, nisi de re judicata transacta seu finita excipiat litigator, litis contestationem non impediat nec retardet, licet dicat objector quod rescriptum non fuisset obtentum si quae sunt impetranti opposita fuissent exposita deleganti.

Quem canonem tam medii aevi quam recentiorum temporum scriptores de processu ordinario latum interpretabantur, quamvis contrarium ex ipsis verbis canonis satis eluceret.

Satis notum est[86]), rescripta ad preces seu supplicationes principi libello oblatas apud Romanos data esse

---

[85]) Bartolus l. c. n. 12 si statim post narrationem actoris sequitur responsio rei oppositis exceptionibus peremtoriis fit litis contestatio, si ex intervallo non, quia non videtur proponere de meritis causae. Contra Baldus l. c. n. 7 per exc. peremt. non praesumitur quis animo litigandi excipere, quum reorum sit fugere.

[86]) cf. Cod. 1. 19 de rescriptis. Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilpr. 1834. I § 38. — Rudorff II § 62. — Puchta § 178. — Keller § 82. — Optime de hac re disseruit Rothe in dissertat. sua de exceptt. litis ingressum impedientibus. Berol. 1858.

Digitized by Google

quae tunc tantum valebant si preces veritate nitebantur[87]), ita ut si actores tale rescriptum proferrent reis exceptionem sub- vel obreptionis opponere liceret in vim dilatoriae exceptionis. Quae rescripta etiam in usu erant apud papas ac frequentissimo quidem. De his rescriptis Innocentius canonis tractati auctor ipse in commentariis suis[88]) multa tradit ac duo genera praesertim exceptionum secernit, eas quae negotium principale spectant ac eas quae de processu negotii vel judicii sunt. Quales hae fuerint, quamvis non expresse dictum sit, colligi tamen potest ex exemplis, quae papa citat. Capite enim 20 inter monasterium X 2. 27 de sententia et re judicata aeque ac c. 5 X 3. 2 de coh. cler. et c. 26 X 1. 3 de rescr. litterae subreptionis causa irritae pronuntiantur, quum tribus illis casibus qui rescriptum impetrarint tacuerint actum aliquem judicialem de re tractata jam antecessisse. Capite vero 20 X 1. 29 de off. deleg. declaratur ex facta citatione exceptionem de processu deduci posse si eadem causa ad alium judicem deferatur. Quibus ex exemplis concludere licet papam eas exceptiones nominasse de processu negotii quibus de re tractata actum aliquem judicialem jam antecessisse demonstratur. Contra illae exceptiones quae principale negotium contingunt semper in nego-

---

87) Quae conditio jure Romano expressa rescripto erat inferenda (l. 7 Cod. 1. 23 de divers. rescr.) jure vero canonico ultro intelligebatur. c. 2 X 1. 3 de rescr. — Rittershusii different. jur. civ. et can. libri VII. Argentorati 1618. de exc. p. 388.

88) Innocentius comment. ad Decrett. Francof. 1570. de rescriptis c. 20 n. 10 seq.

Digitized by Google

tium principale sunt differendae nec possunt opponi contra rescriptum nec vim habent litis impediendae. Quarum in numero sunt dilatoriae solutionis non ita declinatoriae judicii quae neque negotium principale contingunt nec sunt de processu. Peremptoriarum vero exceptionum aliae negotium principale contingunt aliae simul sunt de processu, ita ut hae quidem litis contestationem impediant.

Quibus omnibus accedunt exceptiones quae in judiciis per rescripta factis opponi possunt atque communi nomine exceptionum sub- et obreptionis designari possunt. Ut enim rescripta valerent necesse erat quod preces veritate niterentur, ita ut si reus talem exceptionem probare posset, rescriptum inane fieret. Si vero quaereremus quotiens talis exceptio opponi posset in universum quidem dicendum esset, facta quibus tales exceptiones niterentur plurima fuisse quum quotiescunque aliquid falsi ulla ratione suggestum vel veri quid tacitum esset rescripta pro subreptis vel obreptis impugnare reis liceret. Omnes exceptiones peremtoriae et defensiones negotium principale contingentes in modum exceptionum sub- et obreptionis objici poterant et ante litem contestatam dijudicandae erant; quae si competentes reo haberi non poterant secundum formam rescripti procedendum atque litis contestatio facienda erat. Contra vero si justae probabantur judex secundum formam ordinariam in hac re procedere debebat qua re evenit ut de eadem re quae jam semel proposita erat, ut demonstraretur rescriptum injuste esse obtentum, in ipsa principali causa dijudicandum esset quare lites ni-

Digitized by Google

mis protrahebantur ac immodice retardabantur[89]). Quae valde mutata sunt per papam canone illo supra citato. Opinatus enim reis multo utilius esse si proferrentur exceptiones peremtoriae in causa principali ac forsitan ductus[90]) animo litium abbreviandarum statuit, ut exceptiones de processu negotii valerent contra rescripta ac litis contestationem impedirent, aliae vero non valerent. Cujus rei statuendae haec forte ratio erat quod in jure Romano leges aliquae exstabant quibus causas jam semel tractatas ac finitas rescripto resuscitari non posse declarabatur[91]). Ex ipsis papae verbis elucet[92]) litis contestationis impediendae vim eum tribuisse exceptionibus rei judicatae et transactionis, quum citet pro argumento quod exceptiones illae jam jure Romano in modum exceptionum contra literas adhibitae sint l. 23 D. 12. 6 de cond. indebiti et l. fin. Cod. 7. 50 sententiam rescindi non posse. Quod vero attinet ad exceptionem transactionis hoc non accipiemus solum de exceptione transactionis de lite mota i. e. transactionis judicialis sed etiam de exceptione transactionis extra-

89) Henr. de Bouhic distinct. sub V libr. Decretall. Lugd. 1498. in c. super litteris: nam si primo proponeretur in vim dilatoriae et pronuntiaretur super ea iterum posset proponi in vim peremtoriae et pronuntiari super ea et sic fierent duo judicia. — Quem usum ante papam Innocentium adfuisse elucet ex verbis Joa. Andreae comment. ad Decret. c. super literis n. 8 p. 32 (Venetiis 1581. tom. I) sed hodie peremtoria non opponitur contra rescriptum nec non ex verbis Hostiensis (edit. Colon. 1612. c. super literis col. 44 n. 18).

90) Bouhic l. c. rubr. super eod. can.

91) cf. l. 16 Cod. 2. 4 de transactt.

92) cf. c. 1 in VI. de lit. cont. 2. 3. c. super lit. n. 12.

Digitized by Google

judicialis. Demonstraturus enim quod exceptiones transactionis etiam jure Romano litis contestationem impedierint citat l. 23 qua agitur de exceptione quae e transactione ante litem contestatam facta oritur ac addit hanc causam quia et transactio intelligitur processu judicii, quum non debeat fieri nisi de re incerta et lite dubia. Verbo 'et' demonstratur papam cogitasse de transactionibus extrajudicialibus quod etiam ex verbo 'processu' elucet.

Pergamus nunc ad interpretandas exceptiones litis finitae quae continuo cardo multarum ac gravissimarum erant controversiarum. Certe hae exceptiones similes esse debent exceptionibus rei judicatae et transactae, certe peremtoriae, de processu atque causam principalem contingentes esse debent; quarum in numero prima invenitur exceptio litis renuntiatae. Quae transactio adesse non dicitur si creditor quis debitum certum debitori remittat vel juri quo uti possit renuntiet, sed ea transactio hic est accipienda qua partes litigantes de re incerta transigunt, ita ut vis litis finitae magis transactioni[93]) quam renuntiationi insit. Quod jam jure Romano valuisse demonstratur l. 4 Cod. 2. 3 de pactis: 'Postquam liti de praedio motae renuntiasti causam finitam instaurari posse nulla ratio permittit'.

Quibus exceptionibus num accedere debeat exceptio praescriptionis valde quaeritur. Exstant enim nonnullae leges Romanae[94]) quibus verba rei judicatae transactae

93) cf. Risch Der Vergleich. Erlangen 1855. p. 65. — Rothe p. 27 n. 58.

94) cf. l. 1 § 12 D. 38. 17 ad sct. Trebell. — cf. Heffter § 140 p. 160. — Wetzell § 70 p. 903.

Digitized by Google

finitae inveniuntur quae ipse papa ut patet profert. Scriptorum quidem qui post tempora Innocentii vigebant plurimi hanc exceptionem valere non probabant[95]).

Denique exceptio juris jurandi nominanda est atque dicit quidem Innocentius ad v. finita haec[96]):

'Sed quomodo potest finiri lis nisi vel sententia seu transactione? potest responderi quod haec dictio 'seu' non notat hic diversitatem sed multiplicatis verbis idem repetit. Vel dic quod hic dicit rem finitam de qua non est transactum neque judicatum, sed tamen lis finita dicitur juramento quia juravit se in perpetuum non acturum. Nam tunc, nisi ex causa nova, ulterius agere non potest; cf. de jurejur. D. 12. 2 l. admonendi (31) Cod. 2. 3 de pactis l. postquam (4); idem videtur etiam, si solum pactum fecisset de non agendo ulterius de aliquo debito. Nam hujusmodi exceptio recte contra rescriptum opponitur et litis contestationem retardat: quia si hoc expressisset nullas litteras habuisset; secus autem si pactum de non petendo fecisset quia tunc non retardaretur litis contestatio. Juramentum autem de non petendo an tardet litis contestationem? respondemus quod sic, ut im-

---

95) cf. Dur. de exc. § 3 n. 36. 37. gl. ad c. 1 in VI. 2. 3 non intelligas de praescriptione, ut patet e l. 9. Cod. 7. 33 curia Romana non recipit quod haec exc. ante lit. cont. possit opponi. — Baisius Archidiaconus ad Sextum libr. (Venet. 1601) ad c. exc. n. 4 i. f. vult hoc intendi de amicabili compositione in spiritualibus quae tantum facit quantum in temporalibus transactio. Contraria probat Rothe p. 30.

96) cf. Innocentius comment. edit. 1491 de lit. cont. c. except. peremt. sub finem.

Digitized by Google

pediatur perjurium; quare autem aliud sit, quando paciscitur de non petendo et aliud, quando paciscitur de non agendo, respondeo, quando paciscitur de non agendo nihilominus extra judicium petere potest et nihilominus debitor manet obligatus ex promisso licet agere non possit; et e converso et ita si promitteret contra se litem contestari non opposita contra litteras praedicta exceptione, post litem contestatam opponere non posset, quum sit declinatoria fori; sed ubi paciscitur de non petendo nullo modo remanet obligatus, et ita post litis contestationem poterit excipere'.

Quid papa his verbis sibi voluerit illustrat Baldus[97]) hoc professus: 'qui promittit non agere statim venit contra, quia promisit ad judicem non venire. Sed qui promittit non petere, non venit contra nisi lite contestata et non potest repelli. Ista est subtilis mens Innocentii. Tamen etiam istud factum tollit obligationem naturalem, sed quia ante litem contestatam non dicitur petere nisi petatur i. e. lis contestetur excipi non potest'. Papa denique religione sine ulla dubitatione summa ductus juramentum de non petendo litis contestationem impedire affirmat nec vero id commemorat hac de qua agimus rubrica arbitratus juramentum illud opponi in modum exceptionis dilatoriae i. e. declinatoriae judicii[98]). Juramentum enim secundum canones ecclesiasticos quam-

---

[97]) cf. Baldus ad Decrett. de lit. cont. n. 3.

[98]) Petrus de Ferrariis practica p. 110 n. 4 exc. decl. fori s. judicii habentur in numero exc. dilatoriarum. — Hostiensis de exc. quae sit exc. divisio.

Digitized by Google

diu non erat relaxatum servari debebat ne fieret perjurium.

Atque haec quidem de exceptionibus quae litis ingressum impedientes vocantur. Satis erat demonstrare hoc caput non ad processum ordinarium, sed specialem[99]) tam juris Romani, quam juris canonici spectare e sententia papae Innocentii.

Restat, ut videamus, num peremtoriis exceptionibus objectis apud canonistas litis contestatio facta putetur necne. Exordiar ergo e verbis Goffredi Tranensis quae facit in titulo de except. § effectus exc. est: 'Sed quaeritur, an per exceptiones peremtorias fiat contestatio litis? Et videtur quod non. Nam exceptio est actionis exclusio. Non autem opus est actionem excludi cui contradictum non est. Ante enim necessarium est, ut contestatio praecedat et demum quandocunque usque ad sententiam locum habeant peremtoriae. Item oportet prius per contradictionem ordinari judicium et demum ad defensiones accedi. Sed contra: nam instituta actione et opposita exceptione peremtoria videtur esse judicium cf. D. de interrog. act. 11. 6 l. 12 si filius § exceptionibus. Item per exceptionem non numeratae pecuniae et non solutae dotis fit litis contestatio. Item facit pro hac parte c. 4 prout X de dolo et contumacia 2. 14, ubi post exceptionem praescriptionis oppositam proceditur ad diffinitivam utpote lite quae ingeritur contestata et melius i. de appellationibus X 2. 28 c. cum causam

[99]) Cujus rei recentiores scriptores ut Wetzellus alii ne mentionem quidem faciunt prorsus omissa dissertatione illa Rothei, qui ita rem se habere optime demonstraverat.

Digitized by Google

62 sumto argumento a contrario sensu quod est fortissimum.

Solutio: puto non fieri contestationem; unde si peremtoria opponatur, antequam respondeatur ad libellum, erit tunc illa exceptio intentionis exclusio et sic intellige quod legitur D. 12. 6 de cond. indeb. l. eleganter 23 § si quis post transactionem 3. Si vero postquam jam responsum est ad libellum et contestatio facta est opponatur exceptio peremtoria erit actionis exclusio. Ad decretalem 'prout' responde sicut supra de lit. cont. § contestatio; ad aliam respondeas quod ibi cessat argumentum a contrario sensu ut et alibi. Vel ibi papa magis inspexit opinionem judicum, quam veritatem'.

Ex his quae allegavi verbis intelligitur minime quidem ipsius vis atque potestatis apud canonistas exceptionis peremtoriae rationem esse habitam, quin potius ejus rei quod in omnibus rebus, quae judicibus tractandae darentur nonnullis casibus exceptis litis contestatio ut ita dicam formalis fieri deberet. Hac demum re facta judicium adesse credebatur atque partes de aliqua re certantes dicebantur, quum prius certare velle dicerentur nec adesset actio sed sola intentio. Quum vero exceptio peremtoria a canonistis nominaretur actionis exclusio, necessario erat, quod proferendam exceptionem praecederet litis contestatio qua demum facta actio excludenda aderat.

Iisdem fere verbis[100]) de hac re disserit Hostiensis in eo cum Goffredo consentiens, quod de canone 'prout'

[100]) Hostiensis l. c.

Digitized by Google

opinioni suae obvergente dicat: quod ibi proceditur ad diffinitivam sententiam speciale est in odium rei calumniosi qui toties subterfugerat judicium et annotat quod ibi agitur de respondente ad interrogationem non ad positionem. Nec tamen hac in re sibi constat, quum dubitet num loco illo indicetur vera litis contestatio an solummodo quasi contestatio ad quam refert verbum 'utpote', ita ut hic diversam profiteatur opinionem ab illa glossae, quae verbum illud existimat expressivum veritatis. Quam Hostiensis sententiam recepit Durandus, quum profiteatur: si autem lis est quasi contestata saltem quoad interrumpendam praescriptionem puta quia is qui nomine possidet alieno conveniatur ac si res sua sit et domino rei per eum in judicium nominato et facta ei intra certum tempus a judice statuendum denuntiatione, ut veniat ad causam eoque legitime citato dominus ipse non venit, tunc certe adjudicabitur possessio ipsi actori et fiat verus possessor salva quaestione proprietatis absentis ut in praedicta decretali 'prout'[101]).

Si vero quaeramus, quid de exceptionibus peremtoriis censuerit Durandus, nihil fere novi in ipsius verbis invenimus, quum easdem quas Goffredus atque Hostien-

[101]) Joa. Andreae ad c. 'prout' (Venetiis 1581) n. 9*d* refutatis Goffredi sententiis, quod hic litis contestatio facta sit in odium calumniosi rei, ad verba Innocentii papae refugit supra allegata, cf. not. 45, et dicit: est favor praesentis et odium contumacis quoad possessionem vel missionem non quoad processum vel diffinitivam sententiam: quae verba similiter leguntur in gl. ad c. 'prout'. Panormitanus vero ad c. prout per multas ambages vagatus denique glossae sententiae adsentitur. — Gonzalez Tellez ad c. prout et ipse hic veram litis contestationem factam existimat. — Zabarella l. c. fol. 12 prout.

Digitized by Google

sis protulerant rationes pro hac sententia proferat, quod non efficerent litis contestationem, easdem rationes addat in solutione divergentium opinionum. Pergit allegando pro quasi contestatione c. 5 § 5 X. 2. 6 ut lite non contestata, quo loco hic casus adducitur: quod si super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas possidet nomine alieno debet statim in judicio dominum nominare certo spatio a judice statuendo eoque ad ejus notitiam perducendo, ut vel ipse veniens vel idoneum dirigens responsalem actoris intentionem excipiat. Si vero post tempus indultum quod dispositum est noluerit adimplere tamquam lite, quae ingeritur, ex eo die, quo possessor ad judicium vocatus est, ad interrumpendam praescriptionem longi temporis, contestata, dominum possessionis judex tribus edictis legitimis evocabit.

Hic rerum status erat quum Bonifacio auctore qui papalem sedem obtinebat ab anno 1294 usque ad annum 1313 hoc caput promulgaretur: 'Si oblato ab actore libello ex parte rei exceptio peremtoria proponatur, nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta; immo ea non obstante nisi sit de illis exceptionibus quae litis contestationem impediunt fieri oportebit eandem'.

Quo capite omnes controversiae decidebantur qua re evenit, ut omnes scriptores hanc certissimam doctrinam proferrent[102]) quod propositis exceptionibus peremtoriis lis non contestaretur ad cujus rei argumentum adducebant quod exceptionibus illis objectis non responderetur ad petitionem actoris neque judicium constitue-

[102]) Gratia p. 358. — Schmalzgrueber jus eccles. Dilingae 1726. t. II de lit. cont. n. 5 rubr. 4.

Digitized by Google

retur sed destrueretur. Qua re optime confirmatur id quod jam supra diximus canonistas minimam habuisse rationem indolis ac potestatis exceptionum peremtoriarum[103]) sed spectasse solum ad id quod illis probatis resultaret. Nunquam vero ab hac intelligentia se abdicabant, quod litis contestatio esset actus formalis ad judicium recte constituendum certo modo factus.

CAPUT III.

De litis contestatione secundum auctorum enuntiationes.

§ 8.

Quum hactenus canones quibus de litis contestatione agatur specialiter perlustrati simus accedamus nunc ad indaganda quae scriptores de hac re dixerint atque statuerint quaeque temporum cursu paulatim mutata sint; quod nisi fallor ad illustrandam litis contestationis indolem aliquid proficiet.

Jam supra notatum est litis contestationem factam esse per petitionem in jure propositam atque respon-

[103]) Quod probatur scriptorum enuntiationibus. Bartolus quidem ad l. un. Cod. n. 12 probabat, quod, si statim post narrationem sequeretur responsio rei opponendo exceptionem peremtoriam litis contestatio fieret, ita hunc textum canonis adhuc tractati intelligebat, si vero post libellum vel narrationem reus ex intervallo veniret et produceret illam per hoc induceretur minime lit. cont. — Contra Panormitanus l. c. n. 18 dicebat, quod hic canon indistincte loqueretur. — Damhouder praxis rerum civilium c. 136. — Reiffenstuel n. 25. 27. — Chassanaeus paratitla in V libros Decret. Paris. 1640. p. 105. — Janus a Costa p. 409 *il faut faire droit sur les fins de non-recevoir* — Lanfrancus de Ariadno tractt. t. II f. 103 n. 7.

Digitized by Google

sionem secutam[104]), non factam esse per positiones atque secutas ad eas responsiones, quamvis haec opinio certe inde nasci posset quod positiones fieri videbantur super intentione actoris: responsiones vero habebantur pro confessionibus vel negationibus intentionis. Si vero diligentius ad hanc rem animum attendamus apparet positiones[105]), quamvis fiant de intentione atque de iis quae ea contineantur re vera actoris intentionem minime complecti, quum plerumque plures positiones de diversis intentionis particulis fiant nec certe una earum totam intentionem continere videri possit. Aliter res se habebat[106]) si statim post recitatum libellum actor positiones faceret atque formaret in hunc modum: 'ego pono illud quod narravi ac petii in libello.' Tali enim casu positio totam intentionem actoris continebat atque distabat a vera intentione eo tantum quod eandem rem in alia forma exhiberet. Certe si reus a judice rogatus ut responderet petitioni vel tali positioni actoris jussui judicis obsecutus respondebat litis contestatio facta erat[107]).

---

104) Panormitanus l. c. n. 6 referens verba l. un. Cod. dicit: per narrationem negotii: supple factam a partibus.

105) Panormitanus l. c. § 6 *g*.

106) cf. Imola l. c. n. 6.

107) Baldus ad c. un. X. 2. 5 Bernardi glossatoris, qui dixerat in glossa h. l. etsi petitione proposita, si reus ad positiones respondeat, litis contestationem non induci, sententiam secutus dicit, quod, quum responsiones ad positiones non spectent petitionem, petitio autem de substantialibus processus sit, tali modo lis non contestetur. Ille enim, qui petit, declarat se velle litigare, itaque demum ad eam petitionem facta responsione habemus contestationem i. e. simultaneam testationem de litigandi animo. — Zabarella l. c. fol. 12 s. f.

Digitized by Google

Alias vero nunquam per solam positionem atque secutam responsionem lis contestari poterat, quum facile intelligi possit hac opinione adoptata non unam tantum sed plures litis contestationes fieri potuisse, quum multae positiones fieri possent quod certe absurdum esset[108]). Ut vero valeret litis contestatio secundum leges Romanas necesse erat ut judici libellus offerretur quod secundum canones non sufficiebat, quum insuper actor in judicio cum reo constitutus libellum recitare deberet. Canonistae enim dicebant libellum non loqui itaque verbis ad exprimendum id quod pars aliqua sibi velit necesse esse. Ad quam rem firmandam canonistae allegant l. un. Cod. quam ita interpretantur quod editionem actionis accipiant pro libello judici ac reo proposito; quum vero lex illa dicat: litem contestatam videri, quum judex per narrationem negotii, — quo loco supplebant[109]) a partibus factam — causam audire coeperit ipsi profitentur quod ipsae partes narrare loqui respondere debeant. Itaque absque narratione et responsione partium lis contestari non poterat. Nec intererat num partes hoc facerent judice interrogante et ipso agente an eo pro tribunali sedente atque quae a partibus agerentur auctorizante[110]). Haec quidem omnia prioribus temporibus stricte observabantur, sensim vero sensimque strictae illae regulae in desuetudinem abibant quod intelligitur ex eo quoque quod nobis traditur de quae-

108) cf. Hostiensis l. c. quaenam sit ratio, quod per positiones. — Goffredus eod. l.

109) cf. not. 94.

110) cf. Andreae ad c. un. X. 2. 5 n. h.

Digitized by Google

stione gravissima, num partes litigare volentes necessario sub poena nullitatis processus in judicio adesse deberent necne. Statuebatur[111]) enim ut actor adesset, quum eo absente de voluntate agendi seu litigandi non satis constaret. Porro dicebatur quod, quum litis contestatio contractus partium esset, ad contractum faciendum duae illae personae actoris scilicet et rei praesentes esse deberent sicut etiam in reali proelio[112]) vel pugna plerumque, ut alter litigantium vinceretur, duae quae certarent personae exstare deberent. Quae res aeque faciebat, quod responsione rei non statim ad petitionem actoris secuta sed subsecuta demum post intervallum quoddam non rite lis contestaretur. Alia censebant domini de Rota[113]) quum decisionem 354 ferrent qua cavebatur, ut libello per actorem rite oblato si reus ad respondendum compulsus statim vel intervallo quodam elapso respondisset rite lis pro contestata haberetur quia plane sufficeret quod libellus rite oblatus contineret narrationem facti et petitionem actoris ad quam reus directe seu confitendo responderet, quum in ipsa illa lege

---

[111]) cf. Dur. § 5 n. 5 certi ac indubitati juris est generaliter quidem neminem absenti condemnari. — Maranta n. 7.

[112]) Saepe enim canonistae declarant lit. čont. ad instar proelii civilis expressam esse. Dicebant e. gr. id quod esset in proelio classicum canere in processu civili esse litis contestationem. Vultejus n. 58. 59. — Cynus comment. in Codicem Justin. tit. de lit. cont. in princ.

[113]) Contraria probabant Bartolus ad c. un. Cod. Lugd. 1567. n. 10. 11. — Dur. § 5 n. 5 negat absente actore litis contestationem fieri posse. — Fagnanus vero ad c. olim n. 37. 38 Rotae opinionem sequitur et probat hanc secutos esse Butrium, Abbatem, Felinum Panormitanus ad c. olim 2. 7 profitetur Rotae opinionem in praxi observari.

Digitized by Google

Codicis nil aliud ad litem contestandam requireretur atque certe animus litigandi ex parte actoris praesumendus esset quum nihil huic sententiae contrarium accidisset. Hoc casu dicebatur propter animorum concurrentiam litis contestatio simultanea sicut et alibi fiebat simul testatio duarum personarum de re aliqua petita. Nec vero diu eos qui scriberent de processu civili vel ecclesiastico effugere poterat quod summum momentum summa vis non tam propositioni actoris quam rei inesset responsioni. Itaque jam in processu domini de Auerbach[114]) (qui obiit c. a. 1470) qui ad similitudinem processus Panormitani in ipsis quae ei inscripta sunt verbis, vertitur[115]) nempe: 'Rex pacificus cunctorum causa effectiva' invenimus haec verba: 'et quod interveniat propositio et interrogatio raro servatur in practica.' Haec probant deinceps tam canonistae quam qui de processu civili scripserunt; ita e. gr. Gonzalez[116]) negat actorem in judicio adesse debere ac profitetur verbum responsionis pro tali responsione accipiendum esse qualem litis contestatio exigat. Nec non Vultejus[117]), qui quidem in numero canonistarum non est, declarat: 'ex hodierno fori usu quo litis contestationem ex solo fere reo aestimamus quasi reus solus litem contestari necesse habeat non actor litis contestatio est professio in

114) cf. Auerbach l. c. secunda pars in initio.

115) cf. Walther § 61.

116) cf. Gonzalez not. 102.

117) Vultejus l. c. n. 61. 62. Item Damhouder l. c. n. 9 an credat n. *k*. — Ulrich Tengler Laienspiegel. Strafsb. 1532. pars II fol. 91. — RA 1500 XIII § 1. Edit. Koch Reichsgesetze etc. 1747. t. II p. 74.

Digitized by Google

judicium, quod non tam videatur necesse esse actorem litem contestari qui simpliciter et absolute venit ad judicium volens quam est necesse, ut id faciat reus qui litis contestationem subterfugiat.

Ac minutiose quidem canonistae tractant de hac quaestione qualis debeat esse responsio rei; num responsione quam denominant de jure vel juris ad libellum actoris facta et alias num simpliciter negando narrata actoris lis contestari possit? Quae quidem quaestiones inde surgebant quod in libello actoris separabantur[118]) narratio atque petitio. Illam priorem quaestionem ita solvebant quod dicerent ex narratione actoris intelligi quid jus sibi competens existimaret atque peteret, nisi specialiter ab actore specifica et expressa petitio hujus vel illius juris formata atque prolata esset, ita ut *si* reus responderet de jure ad narrata vel petita actoris certe lis contestaretur[119]), quum reus negans e. gr. narrata actoris vel causam ejus eo ipso simul negaret jus illud quod ex narratione atque causa per conclusionem deduci posset, si quidem libellus ipse valeret. Si vero responderetur de jure ad libellum quo contineretur sola narratio secundum papam Innocentium qui primus de hac quaestione tractavit aeque litis contestationem fieri, quum hic melius esset, ut res magis valeret quam per-

118) cf. Dur. § 2 n. 4.

119) cf. Panormitanus l. c. n. 25 exempla talia profert: petii a praelato C mutui occasione; respondet: nego pecuniam in utilitatem ecclesiae versam vel, quod petis, non debetur tibi de jure. — Jo. Andreae l. c. n. 5.

Digitized by Google

iret. Tutius[120]) tamen esse declarabant, quum aliquid peteretur.

Secundae autem quaestioni ita respondebant quod responsione facta ad libellum solam narrationem continentem non induceretur litis contestatio[121]). Atque putabatur si libellus plura capitula vel plura distincte posita contineret ad singula singulatim[122]) esse respondendum vel omnia esse uno tenore neganda ad eundem effectum; si vero plura copulative ponerentur singulariter ad singula esse respondendum quia alias pro uno ibi falso contento posset totus libellus negari. Supersunt denique nonnulli modi responsionum ex parte reorum, de quibus gravissime tractabatur num efficerent litis contestationem necne. Ita e. gr. reus dicere poterat: volo litigare. Per hunc modum non putabatur[123]) lis contestari posse, quum hic nesciretur num reus petita negaret an confiteretur proposita atque talis responsio secundum intelligentiam canonistarum non proprie spectaret ad petitionem vel narrationem actoris nec unquam solus litigandi animus sufficeret immo potius pars essentialis actus litis contestationis haberetur, minime vero

---

[120]) cf. Innocentius ad c. un. X. 2. 5. — Panormitanus n. 19. — Bouhic ad c. un. X. 2. 5.

[121]) cf. Dur. § 2 n. 5. — Fagnanus c. olim n. 18 decis. Rotae Romanae 12.

[122]) cf. Dur. § 2 pr. quot sunt in libello articuli, tot sunt petitiones et idem est in petitione plura continenti. Litis contestatio sicut in curia Romana fit omnia capitula petitionis complectitur, dum omnia generaliter negat. Item ubi plura distincte posita sunt in libello.

[123]) cf. Panormitanus n. 26. — Andreae n. 6.

Digitized by Google

solus ipsum illum actum efficeret[124]). Aderat alia quoque ratio, propter quam talis responsio vel e contra enuntiatio in hunc modum composita: 'nolo litigare' non valeret quae in eo constitebat quod actor a judice peteret, ut reum compelleret ad respondendum libello porrecto quod tali responsione non fiebat. Item res se habebat quando reus dicebat: 'cedo liti' quae quidem enuntiatio eatenus valebat, ut manu militari reo aufferri posset res petita nisi intra certum temporis spatium eam restitueret[125]). Fiebat quoque litis contestatio si reus respondebat: 'Domine judex, credo in veritate quod nihil debeo, sed si debeo volo restituere.' Item si dicebat: 'non credo me debere'[126]) quia talis enuntiatio continet negationem quandam petitionis sine ullo aliorum verborum adminiculo. Haec Panormitani opinio corroboratur ab ipso allegata decretali 'cum ad sedem' X. 2. 13 de restit. spol. ubi reus responderat se nec scire nec credere quod bona petita possessa fuerint. Hic[127]) vero dubium est num per haec verba 'non credo' an solum per verba illa 'se nescire' lis contestata fuerit. Nec tamen dubium est, quin sententia Barbatiae Siculi qui contrarium probavit rejicienda sit, quum verbis illis

---

124) cf. Fagnanus n. 23. — Gratia p. 357. — Jacobus Gentilis (Tract. plur. DD. t. III f. 43) n. 29.

125) cf. Panormitanus n. 26. — Andreae n. 6 *c*. — Dur. § 2 n. 21.

126) cf. Dur. § 2 n. 22. — Panormitanus n. 27 not. a verbo 'credo' litem contestari negabat. Baldus ad. c. un. X. 2. 5 n. 16. Contra Vallensis n. 11.

127) cf. Panormitanus ad c. cum ad sedem n. 5 *g*. — Felinus Sandeus de litis cont. n. 21.

Digitized by Google

'non credo' intelligatur recte negata actio proposita. Satis nempe est, quod reus non confiteatur intentionem actoris, ut hic probare intentionem suam debeat. Item res se habet in verbo 'dubito.' Poterat etiam fieri conditionalis[128]) litis contestatio in hunc modum: 'nego narrata prout narrantur et dico petita fieri non debere; et si probentur non valent vel mihi non obsunt propter tales rationes.' Hoc modo reus protestatur suas exceptiones.

Sed apud canonistas, ut jam supra notatu dignum mihi visum est, per ipsam confessionem inducebatur litis contestatio. Quum enim canonistae verbum illud 'responsionis' in lege Romana saepissime tractata summi haberent momenti, necesse erat ut in confessis litis contestationem rite factam statuerent, quod nos nullo modo intelligere possumus. Nos enim aeque atque Romani conflictum duarum personarum ac momentum quidem quo quid inter partes ageretur apparuit vocamus litis contestationem, canonistae vero male leges Romanas interpretati inde actum plus minusve formalem deducebant separatum in duas particulas quarum altera ad alteram spectare deberet hac in re summo litigandi animi habito momento. Nec vero sine ulla distinctione de confessis loquebantur canonistae quantum ad quaestionem illam attinebat num confessione rei lis contestata esset necne. Exstabant potius secundum doctrinam eorum diversi casus in quibus diversa statuebant. Fiebat enim confessio aut ante libellum oblatum vel

128) cf. Dur. § 2 n. 6. Contrarium probabat Vallensis § 1 n. 6.

post libellum oblatum. Quantum ad priorem casum attinebat omnes in eo consentiebant quod hic non fieret litis contestatio, quum libellus rite judici ac reo offerendus esset ac coram judicê recitari deberet, ita ut ad eum reus respondere posset. Quo libello deficiente diffinitiva sententia ferri non poterat, quia nulla erat actio nulla petitio de·qua judex sententiare posset. Ideo praeceptum dabatur[129]) a judice reo, ut solveret quae recte ab adversario expeti confessus esset. Si vero libellus recte oblatus erat confessione facta lis contestabatur; quod non ita simpliciter statuendum est secundum canonistas, quum hac in re tres diversi casus exstare possint. Primo enim reus confiteri potest non ductus animo litigandi, ita ut magis judicium effugere quam judicis ferendae sententiae obsequi velit. Quam ob rem actori non contradicere sed potius cum eo consentire videtur. Animo vero litigandi sine ulla dubitatione opus est in litis contestatione facienda. Valde alia res erat si reus confitebatur animo litigandi ductus quia vel sua interest, ut a judice in certam pecuniae quantitatem condemnaretur vel quia judicem diligenter examinaturum sperabat num omnia quae adesse deberent adessent, ut confessio coram judice facta valeret[130]). Ad quam rem

[129]) gl. ad c. un. X. 2. 5. — Hostiensis l. c. — Goffredus § item nota. — Innocentius l. c. — Bouhic l. c. — Fagnanus l. c. n. 31. — Panormitanus n. 13. — Felinus n. 5. — Bartolus n. 21. — Reiffenstuel n. 17. 18. 19. 24. — Imola n. 4. — Pirhing jus can. Dilingae 1675. t. II de lit. cont. n. 5.

[130]) Fagnanus n. 33. — Dur. § 2 n. 11*g,* quo loco dicitur Guido de Suzaria contraria probasse, quum l. si debitori (21) de judicc. D. 5. 1

Digitized by Google

probandam ac confirmandam adducebatur haud ita ineleganter quod certe reus eo quod in judicium vocatus jussui judicis obtemperaverit nec impediverit quominus libellus recitaretur ac ipse ad respondendum compelleretur certe animum impetrandae judicis sententiae diffinitivae aperte declarasset. Nec tamen hoc saepe accidet, quum generaliter quidem aut omnia summatim negentur, ut eo difficilior sit actorum probatio, aut haec quidem negentur illa vera dicantur[131]). Quando autem reus non aperte dicebat num confiteretur illo animo ductus, diversi diversa sentiebant. Alii enim dicebant[132]) libello non oblato non fieri litis contestationem; contra libello oblato recte litem contestari. Alii e verbis respondentis illum animum adesse deducere volebant, itaque illo patefacto litem contestari censebant, non fieri putabant quando prorsus dubium esset, num reus illo animo respondisset necne. Alii ut Hostiensis Imola[133]) eorumque sequaces profitebantur, quotiens incertum esset, num adfuisset animus ille necne, totiens non esse praesumendum animum litigandi in confessis, cum hoc ra-

false interpretatus esset quasi hic ageretur de actu quodam judiciali nempe de judiciali confessione, quum potius illic tractaretur de oblatione solutionis extrajudiciali. — Panormitanus n. 13 i. f. mirum in modum dicit: potest esse in proelio corporali quod qui nolens proeliari reddit se victum sed vult esse in proelio et vult quod per vim bellicam capiatur. — Bartolus n. 21 s. f.

131) cf. Hostiensis l. c. dicit se tali responsione facta pro reo cujus advocatus ipse erat omnes qui adessent stupefecisse. — Fagnanus n. 34.

132) cf. Dur. § 2 n. 11. — Baldus n. 5. ad c. dudum n. 10. — Mascardus l. c. concl. 434 n. 8.

133) cf. Imola n. 11. cf. not. 119.

Digitized by Google

rissime rei spectarent. ' Si vero partim reus negabat partim confitebatur[184]) tunc recte litis contestationem reus operabatur. Quod statuebatur quoque decisione sexta rotae Romanae 'si dato libello' qua litis contestatio facta dicebatur, quando reus respondisset ad libellum actoris partim negando partim confitendo, etsi ipse actor abesset.

Atque haec quidem de confessione partium; quod vero attinet ad confessiones advocatorum, dicendum est per horum confessiones rite litis contestationem induci si quidem facultatem hujus gravissimi actus acceperint vel pars ipsa praesens non contradixerit. Possunt quoque advocatorum errores infra tres dies revocari a parte principali vel ab ipso advocato[185]).

Nec tamen omnimodo scriptores aberant qui perversitatem talium distinctionum atque controversiarum innumerabilium quarum summam tantum attigi non optime intelligerent. Ita Gonzalez loco jam supra citato[186]) verbum responsionis in lege illa Romana ideoque in canonibus illis latius tractatis pro talis responsionis enuntiatione accepit qualem exigeret litis contestatio; qua in re hoc idem papam spectasse putat quod falsum esse e supradictis satis elucet. Ac porro Cironius loco quo-

---

[184]) cf. Fagnanus n. 35. 36. Exempla proferuntur haec: confitetur reus omnia sed allegat inopiam suam vel confitetur mutuum sed allegat terminum prorogatum. — Panormitanus n. 13 s. f.

[185]) cf. Dur. § 3. — Panormitanus n. 14. — Vallensis n. 11. — Damhouder c. 173 n. 3.

[186]) cf. not. 105. 102.

Digitized by Google

dam dicebat[137]): litis contestatio facta est, quum merita causae partium assertione panduntur quod olim in lege XII tabb. ex jure manum consertum vocabant; quae rerum conflictatio versa est in contentiones verborum rationibus hinc inde partium utraque praesente propositis quod est proprie contestari. Ita Reiffenstuelus[138]) de confessis sententiam profitetur unde colligere licet eum Cironii atque Gonzalezii sententiae fuisse, quum dicat: tum litis fit contestatio si reus confitetur cum aliqua resistentia. Nec non Petrus de Unzola[139]) definit litis contestationem fieri per narrationem actoris coram judice competenti et contradictoriam responsionem eo quod neget vel peremtoriam exceptionem opponat animo litem contestandi.

Superest ut tractem quod summi momenti est de animo litigandi ex parte rei ad petitionem proponentis hoc vel illo modo declarato. Quo omisso nulla fieri potest litis contestatio, quum ipsum ejus verbum indicet eam esse duarum personarum de eo quod certare velint, quod litem abhinc inter ipsas exstare velint testationem seu declarationem. Quem ubicunque necessarium esse inter omnes constabat. Certe ad hunc animum declarandum verba quaedam adesse debebant quibus reus specialiter dicebat se respondere illo animo motum vel quibus hoc satis luculenter demonstrabatur. Nec tamen

137) cf. Cironius paratitla in Decretall. libros. Vindob. 1761. de lit. cont. n. 2.

138) cf. Reiffenstuel n. 19—23.

139) cf. Petrus de Unzola de judiciis in summa Rolandina. Venet. 1583. p. 62.

Digitized by Google

generaliter[140]) quidem certa verba hujus intentionis demonstrandae requirebantur, nisi quando certo quodam loco per usum fori introductae erant certae formulae quibus uti debebant rei ut litis contestatio ipsa valeret. Alias vero si apta verba erant unde deduceretur ille animus admittebantur, quum non praesumeretur quis aliud verbis exprimere quam mente intenderet. Verba quoque intelligebantur secundum communem eorum intelligentiam nec reis licere poterat ut ipsi deciderent quid verbis his vel illis sibi voluissent. Rei enim ut in universum quidem causae agitatio exstare possit observare debent verba quibus utantur ab adversario et a judice accipi qualia foris sonent atque specialiter se protestari debere quando illo animo locuturi haberi nolint. Quae quidem protestatio num valeat videamus. Certe, si reus antequam respondeat libello actoris protestetur se animo litigandi non locuturum, quum directe quidem a judice ut animum illum habeat cogi ac compelli non possit litem non contestabitur[141]); immo potius narrabit omnia sine praejudicio suo. Si vero reus respondeat praemissa protestatione libello actoris quam judex non probaverat certe pro litem contestato non habendus est quia videtur sententiae interlocutoriae judicis obsecutus

---

140) Hostiensis l. c. — Dur. § 2 n. 14. — Panormitanus n. 15. 16. — Baldus n. 10. — Mascardus n. 16.

141) Baldus n. 10 communis conclusio est quod lis non sit contestata et talis protestatio relevet nisi judex jusserit litem contestari. Nam tunc cum simus in casu necessario illa nil relevat. — Potest vero reus ad obedientiam commoveri pignoribus captis vel carcere. — Maranta n. 8. — Dur. § 2 n. 14. — Panormitanus n. 16 *a. b.*

Digitized by Google

esse, nisi expresse antequam respondeat repetierit protestationem suam[142]).

§ 9.

Ut vero omnia quae supra dixi de modo litis contestationis faciendae conjungam ipsas litis contestationis formulas quas scriptores nobis tradiderunt breviter allegabo. Initium sumam ex verbis Gratiae[143]) quae facit de hac re: 'Partibus igitur in praesentia judicis constitutis tunc surgat advocatus actoris et legat libellum actoris cujus copiam reus habere debet et eo lecto ipse petat a judice ut compellat reum respondere libello sibi porrecto. Reus autem sit cautus et respiciat diligenter, utrum contineantur eadem in suo libello quae continentur in libello actoris in originali, quare praesens notarius esse debet. Et si est idem tenor omnium tunc secure potest procedere si vero differunt in aliquo tunc petat illa corrigi quod statim judex fieri jubet. Eis ergo concordatis respiciat adhuc, utrum sint aliqua dubia in eo vel ambigua et antequam respondeat petat sibi omnia declarari quia nil debet esse in libello obscurum vel ambiguum sed omnia esse clara. Visis ergo a reo omnibus his et consideratis quae in libello debent considerari actor reiteret petitionem suam in hunc modum: 'peto litem contestando quae in meo libello continentur.' Tunc debet judex dicere reo quod respondeat. Reus vero respiciat diligenter quae ab eo petuntur et si sint quae petuntur ab ipso quorum aliquid sit verum

142) cf. Panormitanus n. 16 *b*. — Reiffenstuel n. 11.

143) Gratia l. c. p. 357.

Digitized by Google

et aliquid falsum verum confiteatur et falsum neget de meo consilio licet quasi omnes rei faciant contrarium.

Atque si reus non possit actorem reconvenire vel etiam nolit respondeat petitioni actoris sub hac forma:

'litem contestando nego in libello posita vel nescio vel non credo me teneri ad praedicta vel per similia verba.'

Exactiorem quantum quidem ad rei responsionem attinet declarationem affert Durandus[144]) secundum quem actor incipit his verbis: 'Domine judex postulo ut faciatis litem contestari super libello meo' et tunc judex quaerat ab actore: 'Petis tu sicut lectum est et credis juste petere?' et si dicit quod sic tunc reo praecipiat ut respondeat et litem contestetur et interroget eum an sint vera vel credat quae in libello continentur, reus vero respondeat: 'nego narrata, prout narrantur et dico secundum petita fieri non debent' vel sic: 'litem contestando non credo in libello proposita vel nescio me teneri ad ea quae in libello petuntur et narrantur et similia.' Et protestetur sic si velit 'salvis omnibus juribus et defensionibus mihi competentibus et beneficio reconventionis salvo, item contestando non credo' .. et sic est facta litis contestatio quasi simul testatio per petitionem et contradictionem secutam. Quidam[145]) autem lecta petitione quaerunt ab actore an credit (sic) recte petere in libello contenta, deinde a reo an credit se defendere juste et si uterque dixerit quod sic dicunt notario: 'scribe quod lis est contestata' et tabellio sic

[144]) cf. Dur. § 2 n. 8. 9. 10.

[145]) cf. Sintenis l. c. p. 124.

Digitized by Google

scribit: 'Die tali lis fuit contestata per tales in tali causa' nulla habita mentione de petitione et responsione; sed hoc non approbo. Per hoc enim non probatur clare litis contestationem factam esse quia pro processu judicis non praesumitur nisi quatenus constet.

Generalis vero forma quam apud scriptores illorum temporum invenimus haec erat: 'nego narrata prout narrantur et dico secundum petita fieri non debere' — seu 'nego narrata prout narrantur nego petita prout petuntur debere fieri.'

Qua contestandi forma cauti rei utebantur quum ea recte lis contestaretur quia responderetur tam ad petitionem quam ad narrationem partes illas libellorum ab actoribus propositorum; ob eam vero causam rei dicebant se negare 'narrata prout narrantur' ne si actor petita seu narrata sua probaret ipsi in poenam mendacii inciderent[146]).

Quum vero in aliis foris aliae formulae litis contestandae in usu essent quas omnes hic enarrare longum est liceat mihi unam tantum praecedentibus addere quam prodit dominus de Auerbach[147]) in hunc modum: 'Fit litis contestatio convenienter sub ista forma: 'Talis procurator N. N. rei respondendo protenso libello actoris narrata prout narrantur negat esse vera et dicit petita in ipso fieri non debere animo litem contestandi.'

Quae quidem omnes formulae negativam litis contestationem exhibebant, affirmativae vero quam rarissime in scriptis illius aetatis nominatim expressam le-

146) cf. Vultejus n. 82.
147) Auerbach l. c.

Digitized by Google

gimus, formula erat haec: 'affirmo narrata prout narrantur et petita prout petuntur fieri debere'[148]).

Atque haec quidem de forma litis contestandae.

§ 10.

Satis demonstrasse mihi videor quod litis contestatio juris canonici esset actus judicialis quibusdam ut ita dicam formulis munitus. Qui complexus duas particulas quarum altera ad alteram spectare deberet erat individuus; non enim continebat partes illas sensu diviso sed sensu conjuncto. Fiebat autem ad nullam aliam rem impetrandam nisi ad declarandum litigandi animum coram judice ex parte quidem rei per responsionem ad hanc rem directe ex proposito factam, per generalem negationem vel confessionem ipsam animo litigandi declaratam intentionis actoris minime singulorum factorum. Quod ex eo probatur quod libelli actorum non ita raro nullam continerent specificam factorum qua actor niteretur declarationem. Ac prorsus rejicienda[149]) est opinio eorum, qui existiment, litis contestationem juris canonici fuisse ex parte rei declarationem de fundamento agendi in persona actoris, de singulis factis quibus actor nisus haec vel illa contenderet. Itaque judicem e litis contestatione ipsa intellexisse quid inter partes certaretur quidnam negatum quid concessum esset. Quod quidem uno illo casu fieri poterat, quum re vera omnia ab actore prolata reus negaret; minime vero haec opinio

148) Reiffenstuel n. 6.

149) Quod probatur per Sintenisium l. c. p. 129 seq. nec non per Goldschmidtium l. c. II § 1. III § 1. cf. Albrecht p. 142 seq.

Digitized by Google

in illis casibus probatur in quibus rei negata narratione actoris exceptionem proferant vel proferre possint quae certe summi momenti sunt si solae objici possunt petitioni actoris ad excludendam conclusionem libelli ab actore factam. Generali negatione factorum certe judex hic nihil intelligere potuisset de intentione rei, quum exceptiones postea proferendas ignoraret. Litis enim contestatio juris canonici non spectabat solum ad fundamentum agendi sed simul ad conclusionem inde factam h. e. ad intentionem actoris quam addebat narrationi forma conclusionis usus. Ad has duas res fiebat generalis responsio reorum ideoque intelligimus quam ob causam saepe apud canonistas id quod faciat actor ad litem contestandam vocetur potissimum petitio non simplex narratio et saepissime duae partes illae libellorum repetantur ad quas respondere reus debeat. Ideoque fiebat quod petitio de substantia processus haberetur. Optime quoque nostra opinio confirmatur conceptione usitata responsionum reorum[150]) qui dicebant: 'se narrata negare prout narrantur' qua respondendi forma contendebant se petitioni ac narrationi actoris contradicere quoad formam et modum quia illa omnia non essent vera, quia conclusio illa inde deduci non posset vel quia omnibus praemissis agnitis exceptionem proferre possent secundum quam impediretur, quominus petitio actoris ad consequentias produceretur. Nec plura verba de hac

---

[150]) cf. Termineus gerichtlicher Procefs editio a. 1611 c. 208 p. 520 de lit. cont. n. 11 nam haec clausula asserit deducta in libello nec vera omnia nec etiam omnia falsa esse licet quae sint vera quae falsa non appareat. — Schmalzgrueber n. 3.

Digitized by Google

re faciam quum jam supra latius nisi fallor demonstratum sit positiones idcirco introductas esse vel adhibitas esse ut facta quibus utraque pars litigantium niteretur post litis contestationem clarius enumerari ac disseri possent. Pergam potius ad ipsas canonistarum declarationes litis contestationis. Quas omnes quamvis hic allegare non possim, nonnullas tamen proferre mihi liceat. Praetermissa ergo Azonis et Tancredi[151]) declaratione qui litis contestationem dixerant principalis negotii apud judicem competentem hinc inde factam narrationem — quam declarationem posteriores scriptores reprobabant, quum secundum illam per positiones quoque et secutas responsiones quae quidem essent narrationes hinc inde factae lis contestari posset quod certe absurdum esset — hac igitur declaratione omissa Hostiensis[152]) declarationem hic annotabo. Qui primus omnium eam sic definivit esse 'fundamentum judicii per petitionem propositam in jure et responsionem secutam animo litem contestandi.' Similem declarationem profert Imola quum dicat litis contestationem esse fundamentum judicii per petitionem in scriptis in jure propositam et congruam responsionem secutam factum animo litem contestandi quo omisso si in figura judicii procedatur vexari inanibus sumtibus et laboribus litigantes.' Qui sequebantur scriptores nihil fere in enuntiationibus illis mutabant, nisi verbum definiendum contestandi in verbum litigandi[153]). Quarum allegationum finem faciam quum non

[151]) Tancredus p. 196.

[152]) cf. Hostiensis l. c. in initio.

[153]) cf. Fagnanus l. c. initio. — Reiffenstuel n. 1. — Baldus l. c. n. 1.

Digitized by Google

multis exemplis ad confirmandam nostram sententiam opus sit adducendo dicta Devotii, qui in numero recentissimorum scriptorum de rebus ecclesiasticis invenitur quae haec sunt: 'litis contestatio est legitimus actus, quo actor coram judice proponit petitionem suam reus autem negat se cessurum petitioni judicium et litem in se recipiens.' Ex quo patet necessarium esse contradicat ad litem contestandam, quum nulla lis est cum reus affirmat id quod libello actoris proponitur.

CAPUT IV.

De indole ac natura litis contestationis.

Conclusio.

§ 11.

Jam supra dictum est nullos processus exstare posse in quibus causae conjectio vel litis constitutio non adesset quum litigantes in judicio id agerent ut lis efficeretur atque effecta a judice disceptaretur. Lis enim lite non contestata adesse non censetur sed controversia tantum. Nec vero divergentem opinionem profitebantur canonistae quum nonnullos casus probarent quibus lis non contestaretur. His enim casibus formalis ille juris canonici actus, qui multoties retardari poterat, omittebatur atque causae conjectio per simplicem narrationem actoris reique responsionem secutam fiebat. Saepe[154]) enim solennitas illius actus erat remittenda propter rei summam gravitatem quae quominus ordinarius processus

[154]) cf. Add. ad Dur. § 6 effectus l. cont. n *f.* — Bouhic ad c. ex parte. — Fagnanus n. 15. — Gonzalez n. 11.

Digitized by Google

observaretur recte impediebat quum e contrario quam celerrime esset procedendum. Aliis casibus praesentia papae coram quo res tractabatur processus solennitatem explere videbatur. Non ita raro ob rei minimam gravitatem vel ob rei ipsius vim ac potestatem ordinarie procedendum non erat ut in nonnullis causis ecclesiasticis et in iis rebus quas nos recentiores vocamus Administrativhandlungen resp. -streitigkeiten. Summi autem ubique momenti litis contestatio habebatur quod elucet ex ipsis paparum enuntiationibus. Ita legitur c. 54 § 3 X. 1. 6: 'processum (quia litis contestationem non invenimus factam) irritum duximus nuntiandum' quod repetitur c. un. X. 2. 5. Porro legitur c. 19 X. 2. 1 de judiciis: 'praefati judices ... pervertendo juris ordinem de praemissis exceptionibus et principali negotio pariter per se inquirere intendentes et procedentes etiam ad receptionem testium lite nondum super eodem negotio contestata ... revocato in irritum quidquid post appellationem inveneritis attentatum ... procedatis.' Et c. 1 X. 2. 6 dicitur 'non esse procedendum ad diffinitivam sententiam quia testes accepti sint lite non contestata qui debent accipi lite demum contestata.' Item c. 2 eod. tit. declaratur: 'non debuerunt lite non contestata diffinitivam sententiam proferre.' Nec non similia probantur c. 4 eod. tit. Denique c. 6 eod. tit. excipiuntur nonnullae causae in quibus lite non contestata possunt recipi testes. Ex his canonibus certe hoc intelligitur litem contestandam h. e. judicium rite constituendum fuisse ut posset pergi ad receptiones testium atque quidem recte quum prius nulla lis adesset de qua testes

Digitized by Google

produci possent ad probationem intentionis actoris vel rei exceptionis. Innumerabilia fere sunt testimonia scriptorum quibus litis contestationem firmamentum vocent vel fundamentum vel lapidem angularem totius judicii vel simile quid. Quarum enuntiationum unam tantum proferam[155]) unde demonstretur quidnam scriptores medii aevi de hac re senserint. Dicit enim Hostiensis: 'Sicut quodlibet aedificium ex tribus constat scilicet fundamento parietibus tecto ita judicium. Litis enim contestatio fundamentum est, positiones et testium et instrumentorum productiones parietes sunt, sententia vero tectum; ideoque si fundamentum deficiat superaedificari non potest quia male aedificaretur in aëre et cujusque rei principium potissima pars est; ideoque in judicio notantur tria: scilicet principium seu litis exordium — item medium — item finis. Ergo aedificati parietes non prius tignorum pondus accipient nisi a novitatis suae humore siccentur ne si ante pondera quam solidentur accipiant, cunctam fabricam simul ad terram deponant; tamen aliquando aedificatur in judicio sine hoc fundamento. Sed speciale est; sed est ibi aliud fundamentum scilicet periculum amissionis probationum et aequitas naturalis. Item aliquando invenitur judicium sine parietibus quum fundamentum et sententia sit quando confessus condemnatur sicut et aliquod aedificium sine parietibus aliquando invenitur quia tectum hinc inde fundamento

---

155) cf. gl. ad c. un. X. 2. 5. — Oughton ordo judic. sive methodus procedendi. Londini 1728. tit. 61 de lit. cont. p. 95. — Cironius n. 2, ut lite non cont. (X. 2. 6) n. 2.

Digitized by Google

adhaeret. Sic sententiam in confessos latam hinc inde litis contestationi intelligo adhaerere.'

Quod vero litis contestatione re vera judicium constituatur ex illis quoque effectibus deducere licet quos saepissime etiam jure canonico annotatos legimus. Qua tamen in re hoc bene notandum est nullatenus apud canonistas disseri de novatione illa romana litis contestationis, rarissime de ea disseri tanquam de quasi contractu quodam nec unquam consequentias hujus notionis deduci. Adducuntur potius singuli litis contestationis effectus qui in Digestis atque in Codice hic illic exstant[157]). Separati invicem proferuntur[158]) nullo majoris vel minoris momenti facto discrimine. Primum enim lite contestata removentur omnes exceptiones dilatoriae quae id spectant ut litis contestatio impediatur quod fieri nequit occasione earum proponendarum praetermissa; hac re non termino illo proponendarum earum elapso excluduntur. Porro omnis reconventio post litem contestatam cessat nec ullo modo postea institui potest, quum ea omissa reus juri suo reconveniendi renuntiasse atque directe ex proposito ita egisse videatur. Nec vero amplius judex potest recusari quum utraque pars litigantium eo auctore animum litigandi ejusque sententiae se subjiciendi litis contestatione declaraverit. Quid dicam de actionibus tam personalibus, quam realibus, tam ci-

156) Pirhing n. 3.

157) cf. Heffter 317. — Wetzell § 14. — Keller § 60. 61. — München p. 248 seq.

158) Tancredus l. c. § 8 p. 199—201. — Gratia § 3 p. 358. — Dur. § 6. — Devoti § 4.

Digitized by Google

vilibus, quam poenalibus, quae omnes lite contestata heredibus in heredes dantur quum obligationem controvertentes inierint judicis sententiae se subjiciendi de jure hoc vel illo, cuinam eorum competat atque hanc obligationem tamquam partem bonorum heredibus reliquerint. Quid multa verba faciam de actionibus quae non amplius mutandae sint, quum actiones tales quales in litem contestandam sunt deductae tractandae sint. Quid longius disseram de dominio litis in procuratorum persona atque de eo quod actor si secundum se dicatur sententia accipere debeat a reo condemnato quod habiturus foret si statim litis contestationis tempore judex sententiam dicere potuisset!

Qua in re quaestionem instaurare debeo quae de eo vertitur, num fortasse non litis contestatione sed potius ipsa rei citatione judicium acceptum seu constitutum dici possit. Sunt enim[159]) qui tale quid Boehmerum statuisse dicant in verbis quae fecit de citatione atque effectu ejus. Dicit[160]) enim:

Lucium quidem papam decretali 19 X. 1. 29 de off. jud. del. statuisse quod litis contestatione demum facta res integra esse desineret, litis contestatione ergo facta judicium inciperet vel constitueretur. Secundum vero decretalem Urbani (c. 20 X. eod. tit.) jam citatione facta judicium esse quasi coeptum ideoque hoc casu antinomiam harum decretalium negari non posse quum appareat pontifices ex diversis pronuntiasse principiis. Lucium

---

159) cf. Wieding p. 6.

160) Böhmer l. I t. 29 § 46.

Digitized by Google

enim juris Romani principia secutum esse, alia probasse Urbanum. Atque loco alio asserit[161]) citatione facta judicium exstare, perpetuari jurisdictionem delegati, litis pendentiam effici. Quibus verbis equidem Boehmerum non distincte nec eleganter usum esse arbitror quum posterioribus quae fecit de citationis effectu verbis justam ac probandam sententiam proferat, prioribus vero judicium ac judicium quasi coeptum non satis distinxisse videatur. Canone enim Lucii papae dicitur lite contestata apud delegatum judicem mortuo post litem contestatam mandatore officium delegati salvum ratumque permanere. Posteriore vero canone Urbani citatione facta judicium dicitur quasi coeptum minime vero coeptum. Haec vero enuntiatio 'quasi coeptum' significat illud judicium in verum mutari posse si reus citatus nullas exceptiones dilatorias proferre possit ac coram judice constitutus petitioni actoris generaliter animo litigandi ductus respondeat. Quae nostra sententia primum probatur per glossam ad c. 20 X. eod. t. v. 'quasi coeptum' quae definit 'ita dicit quia quantum ad perpetuandam jurisdictionem coeptum est negotium sed quantum ad litis contestationem non est coeptum.' Similiter ad c. 30 X. eod. tit. glossa dicit: 'nota quod per solam citationem perpetuatur jurisdictio delegati.' Nec nostrae sententiae oppugnant c. 6 et 8 in VI. l. 14 de off. deleg. jud. quum illo loco res integra dicatur quia subdelegatus facultate sua nondum usus sit hoc vero loco per unum ex pluribus delegatis perpetuatio facta dicatur simul quoad ceteros. Confirmatur vero opinio nostra multis scripto-

161) cf. Böhmer l. II t. 3 i. f.

Digitized by Google

rum testimoniis. Ita Lancelotus[162]) loco quodam dicit: 'immo fundamentum est citatio. Dic quod citatio est fundamentum judicii in quantum est principium primum et sine ea judicium non valet sed re vera ante litis contestationem non sumus certi an illi actus sint portio judicii'. Et Vallensis dicit[163]): etenim licet judicium latius sumptum a citatione legitima facta incipiat quoad quosdam juris effectus ad quos sola citatio sufficit velut quoad reddendam rem litigiosam — ad inducendam litispendentiam — praeventionem — perpetuationem jurisdictionis judicis delegati — ad interrumpendam praescriptionem 30 vel 40 annorum — tamen tropice loquendo ex communi Doctorum opinione a litis demum contestatione incipere dicitur.' Hoc igitur facillimo modo potest dissolvi magna illa paparum controversia!

Restat ut disseram de una quaestione num fortasse principiis de appellatione statutis tota nostra doctrina de indole litis contestationis subvertatur. Contenditur[164]) enim ex illis quae rei dixerint in appellationibus ad petitionem appellantis evidentissime probari quod litis contestatio facta sit de factis in libello contentis minime vero ad animum litigandi declarandum. Praetermittamus hic quid diversi auctores de necessitate litis contestationis in appellationibus senserint latius demonstrare, contemplemur potius ea, quae Durandus[165]) de

---

[162]) Lancelotus p. 688 n. f.

[163]) cf. Vallensis n. 2.

[164]) cf. Sintenis p. 130 seq.

[165]) cf. Dur. § 2 n. 15. lib. IV de lib. concept. § nunc videndum vers. sed num quid in causa appell.?

Digitized by Google

appellationum modo atque necessitate litis contestationis in ipsis dicat. Profitetur enim litis contestationem fieri debere in appellatione atque quidem in hunc modum. Appellans[166]) offert libellum quo narrat quare et in quo male contra eum est processum et petit pronuntiari judicem inique esse interlocutum seu pronuntiasse et se juste appelasse et quidquid post appellationem in ejus praejudicium actum est retractari. Ad quod respondet reus in hunc modum: 'ego talis salvis exceptionibus et defensionibus tam realibus quam personalibus ex quacunque causa et quocunque modo competentibus litem contestando propono quod haec exceptio non fuit proposita coram judice et si fuit proposita pars appellans non obtulit se ipsum probaturum et si fecit judex eam admittere non recusavit, non fuit appellatum ex hac causa et si fuit appellatum ex ista non tamen intra tempus legitimum nec in scriptis nec fuit appellatum petitum et si fuit appellatum et petitum appellans non fuit appellationem intra tempus legitimum prosecutus, unde dico ea quae narrantur prout in libello narrantur vera non esse et petita fieri non debere, unde peto appellationem quae dicitur interposita nullam penitus pronuntiari et me ad prioris judicis examen remitti et partem adversarii in expensas legitimas condemnari.'

166) Apertissime ex verbis Bonaguidae hocce elucet, libellum appellationis ad instar libelli ordinarii in prima instantia propositi compositum esse. Statuit enim hanc illius libelli formam: 'A vobis domino M. episcopo Aretino peto ego Maenius appellationem a quadam sententia lata per plebanum de Gropinum pro Maria adversaria mea in causa matrimoniali inter me et ipsam justam et legitimam pronuntiari et ipsam sententiam, si sententia dici potest cassari unde jus ...'

Digitized by Google

Hoc casu mirum[167]) non est quod reus aliter respondeat, quam alias; hic enim multa formalia aguntur ad quae reus spectare debet ne illis omissis juri suo refutandi appellationem quasi nullam propter formalitates quasdam omissas renuntiasse videatur[168]). Itaque hic responsio ejus qualificata esse debet annexa generali forma litis contestationis quae et ipsa aliqua ratione conformanda est ad specificam petitionem appellantis. Nec contra nostram opinionem operantur[169]) canones quidam tituli de appellationibus in Decretalibus Gregorii noni dico c. 58 et 70.

Quum enim illo canone nihil novi de appellatione statuatur sed potius repetantur principia quae observantur secundum canones in contumacibus[170]) post litis contestationem factam, hoc canone propter certam ac probandam causam rigor juris omittendus est ac procedendum aliter. Hoc declarat apertissime glossa[171]) qua demonstratur hoc casu speciale quid statui propter rei qualitatem nec unquam pro illa sententia adduci hic canon potest quod in appellationibus litis contestatio non inveniatur. Aliter res se habet in appellationibus

[167]) Expressam litis contestationis in appellatione quadam mentionem facit c. 18 X. de testam. 3. 26.

[168]) Sed bene notandum est, quod haec appellationum materia valde obscura nobis tradita sit.

[169]) cf. Rittershusius p. 405.

[170]) cf. Heffter § 334. — Wetzell § 49 not. 43—57. — Tancredus II 4 § 1. — Gratia I. 7 § 1. 2. — Damasus t. 13. — Dur. II. 1 de contumacia. — Ferrariis IV. 2 n. 8—12. — Maranta VI de contumacia. — Devoti de dolo et contumacia tit. 6.

[171]) cf. gl. ad v. rigor juris c. 70 X. 2. 28 de appellatt.

Digitized by Google

factis de gravamine ante sententiam prolatam; de his enim Durandus[172]) hoc profitetur: Dominus Clemens (Clemens V 1265—1268) fons juris papa praecepit nobis auditoribus, quod in appellationibus quae a gravamine ante sententiam interponuntur libellos non reciperemus ut finis litibus imponeretur. In appellationibus vero a sententiis sic ut sustineretur secunda (opinio) et sic servamus et secundum hunc intellectum possunt jura contraria concordari.

Similiter res se habet in caussis nullitatis quas Sintenisius[173]) affert ad opinionem suam probandam. De hac enim nullitatis causa Durandus[174]) dicit: 'quid de nullitatis causa sententia? Dicunt quidam (e. gr. Guido de Suzaria) non fieri in ea litis contestationem, quia sic posset res in infinitum abire; qui enim opponit exceptionem nullitatis statim debet eam probare, si velit exceptionem (*sic.* — executionem?) impedire. Adde quod ubi agitur de nullitate processus vel sententiae non fit litis contestatio si de nullitate notorie constet ex actis ita Rotae decisio 340. Expressis vero verbis testatur Philippus Decius[175]) in causa nullitatis quandoque litis contestationem fieri.

Sub finem hujus opusculi allegare debeo ad confirmandam nostram opinionem principia, quae jure canonico statuta invenimus de contumacibus. Quum enim nostro processu germanico h. e. communi, si rei legi-

172) cf. Dur. libr. IV de lib. conc. l. c.
173) cf. Sintenis p. 131.
174) cf. Dur. § 5 n. 3.
175) Ph. Decius l. c. p. 330.

time citati absint, lis contestata habeatur seu ficta litis contestatio statuatur valde alia res erat apud canonistas. Ibi enim actus ille formalis non a solo actore perfici poterat nec compleri ab ipso judice quum ipsae litigantium partes cooperari deberent ad litem contestandam. Quum vero reis nullo modo licere posset citatis abesse certa principia statuebantur pro contumacibus[176]) ante litis contestationem ac post eam factam. Ibi actore[177]) in judicium non veniente reus citatus aut petere poterat ut absolveretur aut postulare ut actor citaretur et ipse litem contestari poterat. Si vero abesset reus[178]) in actionibus in rem actor in detentionem bonorum rei immittebatur ita ut unius anni spatio elapso intra quod reo cautione data expensisque praestitis licebat porro de re illa procedere efficeretur possessor civilis. Poterat etiam in clericis mitius agi eo quod judex possessionem rei alicujus sequestrari juberet[179]). In actionibus in personam actor pro modo debiti declarati[180]) immittebatur in bona rei contumacis. Post litis contestationem si ab-

---

176) cf. Dur. II. 1 de contumacia § 1 n. 1.

177) cf. Heffter § 334. — Wetzell § 49. — c. 3 X. 2. 14 de dolo et cont. c. 1 in VI. eod. tit. 2. 6. — cf. Petri Blesensis spec. jur. can. sive de distinctt. in can. interpret. adhibendis, ed. Reimarus 1837 c. 58 p. 106 seq.

178) cf. c. 1 X. 2. 8 de dilatt. c. 5 § 7 X. 2. 6 (non ut in editione Heffteriana impressum est c. 5 § 1 und c. 7). Haec principia ex iis, quae Romani probaverant de cautione damni infecti atque effectu ejus sumta valde in plurimas alias res tractandas profusa esse conjici potest. cf. Heffter § 334 n. 315.

179) cf. c. 2 X. 2. 14 de dolo et cont. — Devoti tit. 6 § 6.

180) cf. c. 5 § 8 X. 2. 6 ut lite non cont.

Digitized by Google

esset reus[181]) quando liqueret vel liquere posset de causa judex sententiam diffinitivam proferre debebat secundum causae merita; si vero actor abesset praecepta juris Romani observabantur excepto eo quod triennii[182]) spatium apud canonistas abrogaretur per decretalem 20 X. 2. 1 de judiciis. Quae quum ita essent, non raro invenimus apud canonistas enuntiationes[183]), quibus demonstrant litem pro contestata non haberi in iis qui litem contestari detrectent.

Omnia ergo quae huc usque dixi complexo liceat mihi eorum quae consecutus sum hoc libello, summam paucis verbis declarare. Sicut demonstrasse mihi videor, litis contestatio juris canonici erat actus judicialis formalis ad judicium recte constituendum vel ordinandum animo litigandi judicisque sententiae se subjiciendi patefacto factus. Fiebat per petitionem in jure propositam

181) cf. Tancredus p. 138. — Devoti tit. 6. c. 4 X. 2. 14 de dolo et cont.

182) cf. l. 13 § 1 Cod. 3. 1 de judiciis. — Wetzell § 49 p. 565. — Heffter § 328.

183) Voetus commentaria ad Pandectas 1769. t. I lib. V t. 1 n. 145 est autem litis contestatio duplex vera alia quae actoris intentione et contradictione rei constat, alia ficta quotiens reus in judicium vocatus ac tribus citatus edictis sui copiam facere per contumaciam detrectat in quantum ex tali contumacia iidem qui ex vera litis contestatione exsurgunt effectus, quamvis jure Romano ob rei contumaciam, quae ante litis contestationem coepta et continuata fuit postea judici non licuerit ad condemnationem procedere sed agentem mittere debuerit in possessionem bonorum adversarii contumacis.

Digitized by Google

et responsionem rei secutam et factam ad intentionem actoris in universum quidem contradicendam. Quo actu omisso totus processus fiebat nullus seu irritus exceptis illis casibus, in quibus hac formalitate neglecta procedere licebat partibus.

§ 12.

Quae litis contestationis notio ac indoles recepta est legibus imperialibus, quae in ipso fine medii aevi de ordine procedendi ferebantur. Ita legimus in recessu[184]) illo imperiali anni 1500 XIII § 2 haec verba: 'item und so der Krieg also von beiden Theilen befestigt und das durch die Partheyen oder ihr eine begehrt wird soll alsbald beyderseits juramentum calumniae geschworen werden'. Sed bene notandum est, quod enuntiationes illae de litis contestatione ex una tantum parte vel ex utraque facta valde varientur, ita ut ipso illo loco haec verba proferantur XVI § 7: 'darnach soll dem Widertheil frist bifs zu dem nächsten Gericht gegeben werden, der alsdann auch in gemeiner weifs darauff antworten und begehren soll zu erkennen, wol geurtheilt und übel appellirt und also der Krieg damit befestigt, darauff auch

184) cf. Koch p. 74. — Bayer (7. Aufl.) p. 329. — Sintenis p. 134 (quo loco false impressum est). — Heffter § 347. — Wetzel § 14 p. 107. — Wächter Erörterungen aus röm., deutsch., würtemb. Privatrechte. Stuttgart 1845. Heft 3 p. 75 seq. — Wieding p. 732. Nullo modo probare possum quod ipse de libello actoris singula facta specialiter continente tractet, quum quae afferat pro opinione sua probanda p. 737 de libello tantum in actionibus in personam proposito probari possint, ut supra jam demonstratum est.

Digitized by Google

juramentum calumniae' .... qua e re apparet non certam notionem litis contestationis exstitisse. Sequentibus vero legibus litis contestatio fieri dicebatur ex parte rei. Ita[185]) loquitur C. G. O. 1507 VIII § 9: 'Anfänglich soll der Kläger wiederumb fürwenden und repetiren mit Begehr und Bitt Inhalts derselben. Darauf alsbald der Beklagt repetiren seine vorige Antwort und dadurch den Krieg befestigen atque[186]) C. G. O. 1508 I § 4: item soll der Krieg auff dieselbe Zeit befestigt werden nach gemein Sag der Lehrer. Aber nach Gebrauch Kayserlichs Cammer-Gerichts wird gehalten, wenn der Kläger auff heut seine Petition hat und nachmals der Antworter ex intervallo antwortet, so wird es vor Befestigung des Kriegs aufgenommen'. Expresse vero litis contestationem etiam processus germanici communis tunc fuisse responsionem rei contradicendi animo factam ad intentionem actoris elucet e verbis, quae de hac[187]) re profert C. G. O. 1555 III. 13 § 4: 'in Sachen N. ca. N. bin ich der Klage nicht geständig, bitte mich von derselben mit Antrag Kostens und Schadens zu erledigen. Und mit diesen Worten soll der Krieg, ob auch der Litiscontestation nicht ausdrückliche Meldung geschehen, befestiget zu sein gehalten und verstanden werden' ... Recessu demum imperiali[188]) anni 1570 § 89 rei, qui respondere volebant exceptionibus quibusdam prolatis

---

185) cf. Koch p. 122 (t. II).

186) cf. Koch p. 124 eod. t.

187) cf. Koch t. III p. 116. — Sintenis p. 134.

188) cf. Koch p. 299 t. III.

Digitized by Google

eventualem litis contestationem facere vel annectere jubebantur: ... 'da der Kläger seine articulirt Klag einbracht, soll Beklagt im zweyten Termin seine declinatorias oder andre exceptiones, dardurch das Recht differirt oder die Kriegsbefestigung verhindert werden soll, zu produciren, darneben in scriptis litem eventualiter oder aber da dergleichen Einreden keine bevor, litem pure zu contestiren, auch zugleich sein Aufszug mit angehefften Antworten in eventum auf die Articul und dann sein Peremptorial oder Defensional-Articul, da er einige hätte, einzubringen schuldig sein'.

Eadem fere verba repetuntur recessu[189]) imperiali anni 1594 § 59. Haec omnia valde mutata sunt novissimo recessu[190]), cujus momentum summum ac gravissimum est. Decidebatur enim ut actores non tam petitionibus articulatis experirentur quam libellis quibus contineretur causa qua petitionem suam niterentur specialiter demonstrata ut rei non generaliter quidem sed potius specialiter ad omnia facta ex parte actoris prolata responderent, ita ut hoc modo facillime status controversiae perspici posset.

Sed video, me jam satis de hac re dixisse atque finem imponere debere huic libello, ne ultra terminos intentionis meae ac liciti provehar. Libere vero profiteor, quod plurimae scriptorum de litis contestatione controversiae me ceperint ac delectarint; itaque, quam-

---

189) cf. Koch p. 430 t. III.

190) Koch p. 641 seq. (J. R. A. 1654). — Bayer p. 330. — Heffter § 348.

Digitized by Google

vis jurisconsultorum magis ingenio et acumini quam ceteris haec res dissertatione digna videri potuerit, tamen hunc libellum quem adhuc multis laborare vitiis minime me latet non omnino fore inutilem equidem spero.

Digitized by Google

VITA.

Natus sum Albertus Fedorus Reinhardus Teichmann Vratislaviae anno 1844 d. XIII m. Octobris patre Josepho advocato patriae meae matre Amalia e gente Jaeschke, quibus adhuc viventibus maxime gaudeo. Fidem profiteor evangelicam. Primis literarum elementis imbutus sum tam in schola patriae meae cui nomen est Wanckeliana quam a patre meo benevolentissimo qui amore vere paterno me amplexus viam ad virtutem mihi et honestatem morum monstravit suo exemplo suis praeceptis tantoque literarum ac artium me implevit amore, ut, si quid in me sit vel boni vel decori id me huic potissimum omne debere gratissimo animo confitear. Anno 1856 in gymnasium Magdalaneum receptus sum, quod per septem annos frequentavi; qua in re facere non possum quin tam Viro Clarissimo Schoenborn cujus auspiciis hoc gymnasium adhuc floret quam omnibus meis praeceptoribus dilectissimis gratias agam quam maximas. Ante festum paschale anni 1863 cum testimonio maturitatis praeditus Heidelbergam me contuli ubi per unum semestre interfui scholis V. V. Ill. Vangerow, Goldschmidt, Haeusser. Semestrali spatio elapso Lipsiam migravi ubi audivi hos Viros Illustrissimos: Waechter, Gerber, Albrecht, Haenel, Ahrens, Roscher. Post unum quem ibi degeram annum ex itinere

Digitized by Google

redux gravissimo morbo oppressus sum qui impedivit, quominus per unum semestre scholis interessem ac studiis vacarem. Post festum ergo paschale a. 1865 in hanc almam academiam receptus sum ab Ill. Dorner tum fasces academicos tenente ac nomen professus sum apud Ill. Rudorff t. t. ordinis Jurisconsultorum decanum spectabilem. Audivi per duos annos hosce viros Illustrissimos disserentes: Berner, Beseler, Friedberg, Gneist, Heydemann, ab Holtzendorff, Rudorff, Schmidt. Quibus viris gratiam semper habebo quam maximam.

Digitized by Google

THESES.

1. Jus consentiendi in praediis alienandis vetere jure germanico non exstitisse contendo.
2. Interdictum Salvianum non solum adversus conductorem sed etiam adversus quemque extraneum qui jus pignoris locatoris laeserit competere existimo.
3. Universitates delictum committere nequeunt.
4. Cap. 12 Tac. Germ. in f. verba: centeni — adsunt non referenda sunt ad principes qui jura reddunt sed qui gubernant atque administrant.
5. Patronus ab ecclesia alimenta recte non exigit nisi casu ad inopiam redactus.
6. Associatio metallica quae vocatur 'Gewerkschaft' speciem universitatis juris germanici propriam exhibet quam recentiores vocant 'corporative Genossenschaft.'

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

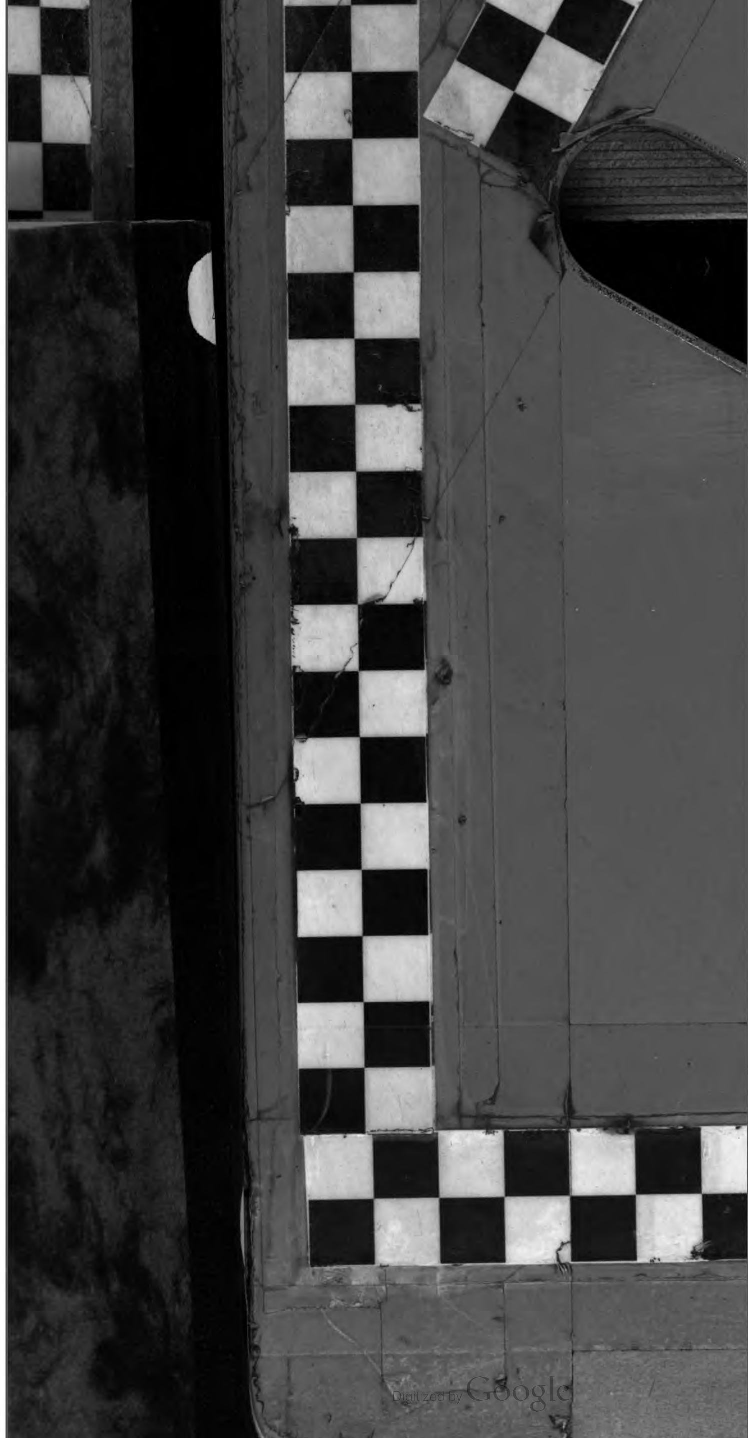
Digitized by Google



Digitized by Google



Digitized by Google



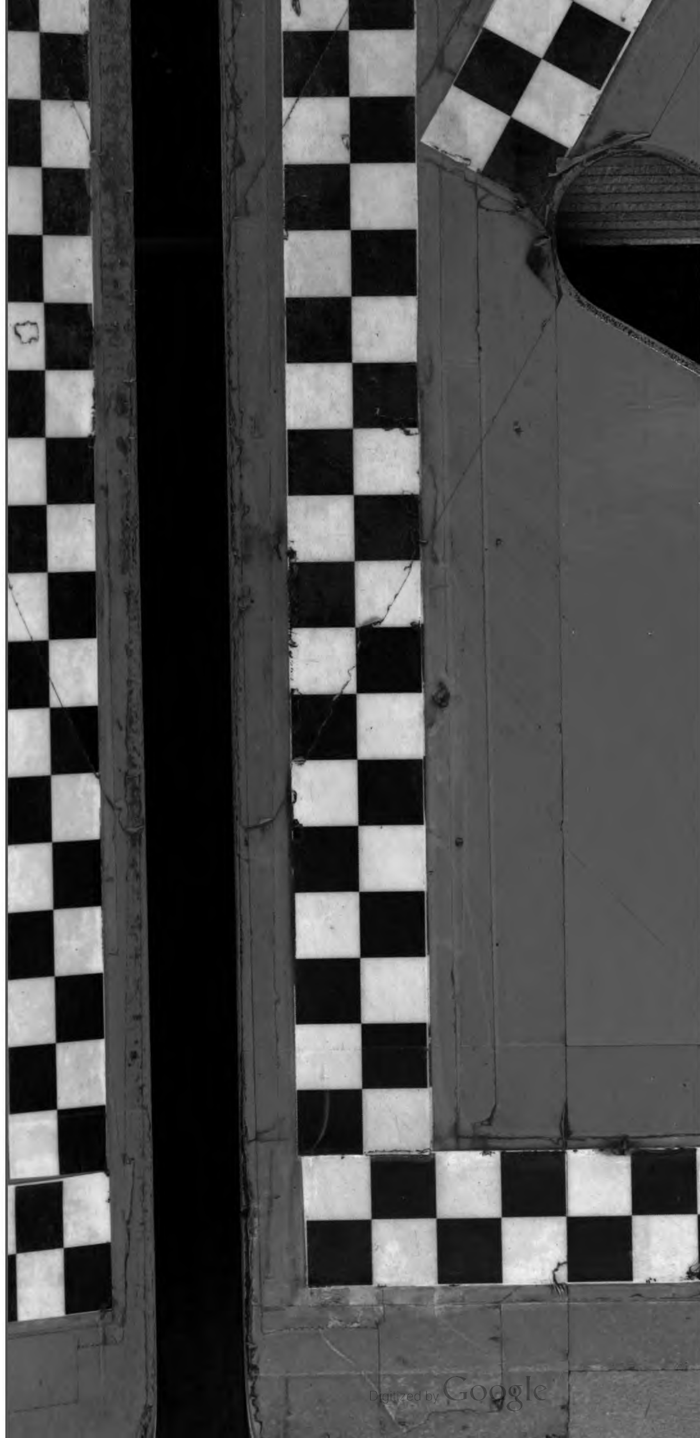
Digitized by Google



Digitized by Google


Digitized by Google


Digitized by Google



Digitized by Google



Digitized by Google